Das gesetzliche Rücktrittsrecht
nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation,
welche
nebst den beigefügten Thesen
mit Genehmigung
der Hohen Juristischen Fakultät der Kgl. Universität Breslau
zur
Erlangung der Doktorwürde
am Sonnabend, den 30. April, vormittags 11 1/4 Uhr,
in der
Aula Leopoldina der Universität
öffentlich verteidigen wird

Paul Fiebach,
Referendar am Landgericht Oels i. Schl.

Opponenten:
Referendar Willibald Blümel,
Referendar Erwin Schönfelder aus Breslau.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske.
1904.

Lebenslauf.

Ich bin am 21. November 1878 in Breslau geboren als Sohn des Bäckermeisters Karl Fiebach und seiner jetzt verstorbenen Ehefrau Anna, geb. Schick, und katholischer Konfession. Von meinem sechsten bis zum zehnten Lebensjahre besuchte ich eine Breslauer Volksschule und sodann von Ostern 1889 bis Ostern 1898 das St. Matthiasgymnasium in Breslau. Nach bestandener Reifeprüfung bezog ich die Universität Breslau, wo ich 6 Semester hindurch mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften widmete. Am 8. Juli 1901 legte ich am Oberlandesgericht zu Breslau das Referendarexamen und am 25. Juli desselben Jahres an der Breslauer Universität mein mündliches Doktorexamen ab. Hierauf wurde ich dem Amtsgericht in Falkenberg O.-S. zur Beschäftigung überwiesen und daselbst am 29. Juli 1901 vereidet. Nachdem ich von Oktober 1901 bis Oktober 1902 beim 4. Niederschlesischen Infanterie-Regiment Nr. 51 in Breslau meiner Militärpflicht genügt hatte, wurde ich — und zwar vom 29. April 1903 ab — dem Landgericht Oels zur weiteren Beschäftigung überwiesen.

Während meiner Universitätsjahre hörte ich die Vorlesungen folgender Herren Professoren:

Beling, Bohn, Bonhoeffer, Brie, Bruck, Caro, Dahn, Fischer, Gretener, Heymann, Jacobi, Jörs, Leonhard, Naendrup, Schott, Sombart, Stern, Wolf,

denen ich hiermit für die in ihren Vorlesungen mir gebotene Anregung meinen ergebensten Dank ausspreche. Insbesondere habe ich Herrn Professor Jörs Dank abzustatten für alle auf mich verwandte Mühe. Schließlich drängt es mich noch, an dieser Stelle den beiden Herren zu danken, welchen meine Einführung in die civilrechtliche Praxis vorzugsweise oblag, nämlich Herrn Amtsrichter Hennig in Falkenberg O.-S. und Herrn Landrichter Methner in Oels i. Schl.

Thesen.

1. Der Beschluß der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts vom 10. Juni 1896 (Entsch. Bd. 16 S. 396 ff.), nach welchem für das Geltungsgebiet des allgemeinen Landrechts der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger nicht subsidiär, sondern als Mandatar haftet, kann für das Geltungsgebiet des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Anwendung finden. Der Gerichtsvollzieher haftet vielmehr jetzt nur nach § 839 B.G.B.

2. Man muß beim § 26 a des Krankenkassengesetzes zwei Arten von „dringenden Fällen" unterscheiden, nämlich den im Sinne des Kranken dringenden Fall, für welchen nur dem Kranken der Kasse gegenüber nach Maßgabe der Bestimmungen des Krankenkassengesetzes ein Erstattungsanspruch besteht, und den für die Kasse dringenden Fall, in welchem auch der behandelnde Nichtkassenarzt von der Kasse auf Grund der Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über auftraglose Geschäftsführung Ersatz seiner Auslagen verlangen kann.

3. Die allgemeinen Bestimmungen über Rücktritt vom gegenseitigen Vertrage (§§ 325—327 B.G.B.) finden auf den Kauf bei vorhandenen Sachmängeln insoweit nicht Anwendung, als hier die §§ 459 ff. Platz greifen. Die zuletzt genannten Paragraphen regeln die Auflösungsbefugnisse bei den hier in Betracht kommenden Fällen ausschließlich.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Geschichte des gesetzlichen Rücktrittsrechts.

§ 2. 1. Römisches Recht 3
§ 3. 2. Deutsches Recht 9
§ 4. 3. Gemeines Recht 16
§ 5. 4. Das allgemeine Landrecht und die späteren Gesetzbücher . 21

II. Das gesetzliche Rücktrittsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 6. 1. Begriff des Rücktrittsrechts 28
§ 7. 2. Abgrenzung von anderen Aufhebungsrechten 32
§ 8. 3. Ausübung und Wirkung 41
§ 9. 4. Erlöschen und Ausschluß 45

III. Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechts.

A. Allgemeines Rücktrittsrecht vom Vertrage und dessen Voraussetzungen 49
§ 10. 1. Rücktritt vom einseitigen Vertrage 49
§ 11. 2. Rücktritt vom gegenseitigen Vertrage 50
§ 12. Zusatz: Abgrenzung des Rücktrittsrechts von den in den allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge neben dem Rücktritt gegebenen Rechten 71
B. Rücktrittsrecht bei den einzelnen Verträgen innerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse 75
§ 13. 1. Rücktrittsrecht bei den einseitigen Verträgen 75
2. Rücktrittsrecht bei den gegenseitigen Verträgen 76
§ 14. a) Im allgemeinen 76
§ 15. b) Kauf und Tausch 85
§ 16. c) Werkvertrag und Werklieferungsvertrag 97
§ 17. d) Miete und Pacht 101
§ 18. e) Dienstvertrag 106
C. Rücktrittsrecht außerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse . . . 108
§ 19. 1. Verlobung 108
§ 20. 2. Erbvertrag 109
§ 21. D. Rücktrittsrecht außerhalb der gesetzlich bestimmten Fälle 112

Einleitung.

§ 1.

Es ist eine der wichtigsten Aufgaben des Gesetzes, rechtlich verbindliche Abmachungen zu schützen und die Mittel zu deren Verwirklichung den Parteien zu gewähren. Jede Vertragspartei, die einen den Grundsätzen des geltenden Rechts entsprechenden Vertrag eingegangen ist, hat daher Anspruch auf Rechtsschutz, das Gesetz hat demgegenüber die Pflicht, den Bestimmungen des Vertrages Geltung unter den Parteien zu verschaffen. Daran hat auch die rechtliche Entwicklung jederzeit festgehalten.

Gleichwohl kann aber auch der Fall eintreten, daß es für das Gesetz Pflicht wird, im Gegensatz zu der vorstehend angeführten Grundregel unter gewissen Umständen eine Vertragspartei von dem Gebundensein an einen durch die Schuld des Vertragsgegners oder aus anderen Gründen ihr längst zur Last gewordenen Vertrag zu befreien, den Vertrag nachträglich für aufgehoben zu erklären, und zwar so, daß der frühere Zustand wiederhergestellt erscheint. Das Gesetz muß dann in einem solchen Falle bestimmen, daß der gültig verabredete und rechtlich voll wirksame Vertrag selbst gegen den Willen einer Vertragspartei als nie zustandegekommen gelten soll. Die Notwendigkeit einer derartigen Gesetzesbestimmung basiert in der menschlichen Unvollkommenheit. Sie widerspricht zwar dem strengen Rechtsgefühl, welches sich in dem Grundsatz ausspricht: „Das Unrecht des einen gibt keine Rechtfertigung für das Unrecht des anderen", aber die allgemeine Verkehrssicherheit, die ein schnelles und dem Vertragswortlaut entsprechendes Erfüllen des eingegangenen Vertrages erheischt, die, kurz gesagt, dahin geht, daß die eine Vertragspartei auf die Zuverlässigkeit der anderen bauen kann, fordert gebieterisch eine derartige Bestimmung des Gesetzes.

Von dem starren Festhalten an dem Grundsatze, daß ein Vertrag nur durch Erfüllung oder deren Surrogate beendet werden, nicht aber einseitig durch die Erklärung nur einer Vertragspartei aus der Welt geschafft werden kann, hat die Rechtsentwicklung immer mehr ablassen müssen.[1]) Um bei dem ungeheuren Aufschwunge des Verkehrs mit den

---

[1]) vgl. v. Kübel, Begründung zum Entwurf eines B.G.B. f. d. Deutsche Reich. Vorlage des Redaktors. Berlin 1882. Abschn. I Titel 2, I, 3 S. 2. „Der Vertrag, die in ihm ausgesprochene und durch ihn erzeugte gegenseitige

Erfordernissen des praktischen Lebens im Einklang zu bleiben, mußte sie sich zu Zugeständnissen bequemen, die schließlich in dem jetzt geltenden Recht zu einem mit großer Sorgfalt ausgebildeten Rechtsinstitut, dem Rücktrittsrecht, geführt haben.

Es ist leicht einzusehen, daß diese gesetzlichen Bestimmungen sich nur auf das gesetzliche Rücktrittsrecht beziehen, da der Vorbehalt eines Rücktritts durch Vertrag jederzeit in das Belieben der Parteien gestellt war und von dem Gesetze, soweit nicht andere allgemeine Rechtsgedanken wie z. B. Übereinstimmen mit den Erfordernissen der „guten Sitten" u. a. m. eingreifen, in keiner Weise berührt wird.

Wir können bei der Geschichte des gesetzlichen Rücktrittsrechts leicht die Beobachtung machen, wie schwer und langsam sich die dem modernen Rücktrittsrecht zugrunde liegenden Rechtsgedanken Geltung verschafften.

Willensbindung schließt an sich begrifflich den einseitigen Rücktritt eines Vertragschließenden von demselben aus. Jeder Teil ist verpflichtet, bei dem Vertrage stehen zu bleiben, seine hieraus resultierenden Verbindlichkeiten zu erfüllen; im Falle der Nichterfüllung hat der andere Teil regelmäßig nur die Klage auf Erfüllung resp. auf das Erfüllungsinteresse. Dies ist der dem Wesen des Vertrags wie der Natur der Sache durchaus entsprechende Standpunkt des römischen Rechts, und auch das ältere deutsche Recht ging von diesem Grundsatze zweifellos aus."

I. Geschichte des gesetzlichen Rücktrittsrechts.

§ 2.

1. Römisches Recht.

1. Das römische Recht kennt ein gesetzliches Rücktrittsrecht allgemeiner Natur nicht.[1] Dies ist zweifellos für die Zeit des römischen Rechts, als nur die unter bestimmten Formen geschlossenen und an bestimmte Voraussetzungen gebundenen Verträge vom Civilrecht als klagbar anerkannt wurden. Aber auch in der späteren Zeit, als neben diesen strengen Formerfordernissen die Geltung auch auf andere Weise zustande gekommener Verträge zugelassen wurde, kennt das römische Recht ein allgemeines Rücktrittsrecht nicht. Die Versuche einzelner Pandektisten[2]) insbesondere, beim gegenseitigen Vertrage, bei welchem allein ein Rücktrittsrecht praktisch wird, der einen Vertragspartei ein Rücktrittsrecht zu geben, wenn der Vertragsgegner in Verzug kommt, entbehren der gesetzlichen Grundlage und sind von der Literatur nicht anerkannt. Die Stellen, auf welche sie sich berufen,[3]) handeln entweder von Fällen,

---

[1]) Die Ausdrücke der Pandekten: recedere, discedere, abire, resilire beziehen sich nur auf vereinbartes Rücktrittsrecht z. B. l. 72 pr. Dig. XVIII 1, l. 9, 14 § 3 Dig. XVIII 2, l. 2, 5 pr., 7 § 8 Dig. XVIII 5, l. 10 pr. § 1 Dig. XX 6, l. 7 § 6 Dig. II 44 und l. 58 Dig. II 14, l. 30 Dig. XLVI 2. Eine Kodexstelle (l 3 C IV 44: de contractu venditionis et emptionis iure perfecto alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patitur, nec ex rescripto nostro quo iure fiscum nostrum uti saepe constitutum est) gestattet ausdrücklich Rücktritt nur mit gegenseitigem Einverständnis d. h. vertragsmäßig, während recedere invito alterutro, die Grundbedingung für das gesetzliche Rücktrittsrecht, der bona fides widerspräche und daher unzulässig sei. Vgl. Dirckſen, Manuale latinitatis fontium (Berlin 1837) und Heumann, Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts (Jena 1895).

[2]) Thibaut, System des Pandektenrechts Bd. 1, § 99 II 5; Glück, Pandekten Bd. 4 § 330; von Wening-Jngenheim, Lehrb. des gem. Civilr. (München 1825) Bd. 2, Buch 3. Kap. 3 § 105 und Kap. 4 § 129 Sintenis, (Gem. Civilr. Lpzg. 1868) Bd. 2 § 93, I 3 S. 186 mit Note 12; von Wächter Pand. (Leipzig. 1881). Bd. 2 S. 400.

[3]) l. 56 Dig. XVIII 1, l. 6 Dig. XVIII 3, l. 6 C. IV 54, l. 135 § 2 Dig. XLV 1 l. 24 § 4 Dig. XIX 2. Auf die einzelnen Stellen kann hier nicht näher eingegangen werden, zumal auch Neues zu den Ausführungen von Mommsen, Die Lehre von der Mora (Braunschweig 1855) S. 86 und besonders § 27 Nr. 1 S. 257 mit Anm. 3; von Madai, Die Lehre von der Mora (Halle 1836) S. 391 ff.; Eiswaldt, Rücktritt und Zurückweisung (Diss.) S. 16 ff. und Schellen,

in denen ein Rücktrittsrecht durch lex commissoria vorbehalten ist, oder von solchen, bei denen nur eine Zurückweisungsbefugnis der einen Vertragspartei vorliegt. Der Vertrag selbst gilt keineswegs als nie zustande gekommen, wie in der Einleitung als Zweck des hier zu besprechenden Rechtsinstituts erwähnt wurde.[4])

Die vom jetzigen Begriffe der gegenseitigen Verträge abweichenden Anschauungen des römischen Rechts lassen auch das Fehlen eines Rücktrittsrechts erklärlich erscheinen. Dem römischen Recht ist der Begriff des Synallagmas im heutigen Sinne ursprünglich fremd. Es kennt eine Zweiseitigkeit des Kontraktes nicht hinsichtlich der Vertragswirkungen, sondern nur bezüglich der Entstehung; sind die Forderungen erst entstanden, so stehen sie sich beide selbständig und unabhängig gegenüber.[5]) Jede Vertragspartei ist bei einem gegenseitigen Vertrage aus ihrem Vertragsversprechen verpflichtet, leistet nicht der Gegenleistung wegen, sondern in Erfüllung des gegebenen Versprechens.[6]) Beim Ausbleiben der Gegenleistung gibt es keine condictio sine causa, denn causa ist nicht die Gegenleistung, sondern das Versprechen; nur der Anspruch auf Gegenleistung oder auf das Interesse an derselben ist gegeben, kein Rückforderungsrecht. Die sich hieraus ergebenden Härten wurden dadurch gemildert, daß die hauptsächlichsten zweiseitigen Verträge, die Konsensualkontrakte, iudicia bonae fidei für die Kontrahenten entstehen ließen. Der Richter hatte bei der Entscheidung sonach alle Momente in Betracht zu ziehen, welche den Klageanspruch auf Grund der bona fides als ungerechtfertigt erscheinen ließen. Zweifellos fand hierbei auch die Gegen-

Das gesetzl. Rücktrittsr. beim Kauf. (Diss. Lpzg. 1902) S. 6 ff. § 4 nicht hinzuzufügen ist. Es ist hier bei allen von den Gegnern in bezug genommenen Stellen der Beweis geführt, daß aus keiner sich der Nachweis für die Existenz eines gesetzlichen Rücktrittsrechts führen lasse.

[4]) Überhaupt bezeichnet man in der Literatur noch bis heute nicht mit Rücktritt einen genau bestimmten juristischen Begriff, sondern zählt darunter mehrere voneinander scharf zu sondernde Rechtsinstitute. Besonders wird die im Corp. iur. civ. öfters erwähnte Zurückweisungsbefugnis fast allgemein als Rücktritt bezeichnet. Letztere gibt jedoch nur das Recht, die Leistung zu verweigern und Schadensersatz zu fordern, sie hebt den Vertrag nicht auf. Die Hauptstelle (l. 24 § 4 Dig. XIX 2), auf welche sich die Verteidiger des Rücktritts stützen, handelt auch nur von Zurückweisungsbefugnis wegen mangelnden Interesses an der verspäteten Leistung, wie auch Windscheid ausführt (Lehrbuch des Pandektenrechts 8. Aufl. Theodor Kipp 1900 § 280 Anm. 1): . . . „Man hat ferner gesagt, daß bei gegenseitigen Verträgen der Gläubiger durch den Verzug des Schuldners das Recht gewinne, vom Vertrage zurückzutreten. Auch das ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Der Gläubiger hat nur das Recht, die Leistung des Schuldners zurückzuweisen, wenn ihm das zu Leistende zu dem Zwecke, zu welchem er es sich hat versprechen lassen, unbrauchbar geworden ist.“ (Vgl. Eiswaldt a. a. O. S. 7 ff.; (Türcke: Rücktritt von zweiseitigen Verträgen wegen Säumnis von der anderen Seite Diss. Göttingen 1891 S. 7 ff.)

[5]) vgl. Bechmann, Der Kauf nach gem. R. (Erlangen 1876) §§ 70, 71 S. 541 ff. Bechmann hat hierfür die Ausdrücke genetische und funktionelle Zweiseitigkeit gefunden. Im römischen Recht war also ursprünglich nur die genetische anerkannt.

[6]) Dernburg, Pandekten 7. Aufl. Berlin 1902 II § 20; Windscheid § 321 Anm. 9. So noch gegen Ende der Republik. s. Varro. de re rustica II, 2 § 6.

leistungspflicht und deren eventuelle Nichterfüllung seitens des andern Kontrahenten Berücksichtigung. Der Richter konnte dann die vertragstreue Partei gegenüber des anderen sicher stellen oder die beiden gegenüberstehenden Ansprüche kompensieren. Auf diese Weise fand allmählich auch das funktionelle Synallagma Anerkennung, und zwar ist das schon im zweiten Jahrhundert n. Chr. anzunehmen.[7]) Von einem einseitigen Rücktrittsrecht einer Vertragspartei kann man natürlich hier nicht sprechen, da nicht die Auflösung des Vertrages, sondern dessen Erfüllung — als solche ist auch die Kompensation anzusehen — die Regel bleibt.

2. Anders gestaltete sich die rechtliche Entwicklung bei den sogenannten Innominatkontrakten.

Alle nicht in den Rahmen des römischen Kontraktsystems fallenden Vertragsberedungen waren ursprünglich rechtlich unwirksam. Das mit Rücksicht auf Gegenleistung Geleistete konnte daher, wenn jene ausblieb, mit der condictio sine causa zurückgefordert werden. Ein eigentliches Rücktrittsrecht ist dies nicht, da hier gar kein Vertrag vorliegt, von dem zurückgetreten wird.

In der Kaiserzeit wurde für diese Art Verträge ein besonderer Klagtypus, die actiones praescriptis verbis, geschaffen. Diese actio stand dem einen Teil nach erfolgter Leistung zu und ging auf die Gegenleistung. Insofern waren die Kontrakte Realkontrakte, da nicht die gegenseitige Vereinbarung der Parteien, sondern erst die Leistung der einen Partei die Klage zur Entstehung brachte. Die actio wurde im judicium bonae fidei geltend gemacht, so daß für sie das schon zu 1 Ausgeführte gelten kann. Dem Leistenden wird ferner weiter wie vorher die condictio sine causa gewährt,[8]) falls die Gegenleistung ausbleibt. Dieses Recht gleicht nunmehr einem gesetzlichen Rücktrittsrecht und wird auch in der Literatur als solches bezeichnet.

Ferner wird hier ein in in der Literatur sehr umstrittenes weiteres Recht der Vertragspartei genannt. Eine jede Partei soll nicht nur beim Ausbleiben der Gegenleistung, sondern nach völlig freiem Belieben ex mera poenitentia vom Vertrage zurückzutreten berechtigt sein, ohne jede Rücksicht auf die Gegenleistung. Dieses besonders von Wendt[9]) verfochtene Recht wird vielfach angezweifelt.

---

[7]) vgl. hierzu Jörs, Das röm. Recht, in Birkmeyers Encyklopädie, Berlin 1901., III Kap. 4 § 69 No. 2 mit Anm.

[8]) vgl. Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 7 S. 20; Hoffmann, Greifsw. Diss. 1901: „In wie weit kennt das B.G.B. ein gesetzl. Rücktrittsrecht vom Vertrage?“ S. 13; l. 1 § 4 Dig. XIX 4.

[9]) Wendt, Reurecht und Gebundenheit. Wendt behauptet seine Geltung auch für das gemeine Recht, Bendixen („Jus poenitendi“) Diss. Göttingen 1889 will es schon nach Einführung der actio praescriptis verbis verschwinden lassen. Gradenwitz („Interpolationen in den Pandekten“ 1887 S. 166 ff.) erklärt die Stellen, welche vom jus poenitendi handeln, als interpoliert. Vgl. Dernburg II. S. 20 Anm. 16; Windscheid II § 321 Note 11 und 12. Ein näheres Eingehen auf dieses Recht ist hier nicht angebracht. Geschützt hat es die Kontrahenten zur Zeit vor der Klagbarkeit der Innominatkontrakte, mit Einführung der a. pr. v. war es zum mindesten überflüssig (s. Windscheid l. c.)

3. Weitere Rechte, die als Rücktrittsrechte bezeichnet werden, kennt das römische Recht beim Kauf.

a) Kaiser Diokletian bestimmte, daß der Verkäufer, der für die verkaufte Sache nicht einmal die Hälfte des gemeinen Werts erhalten hätte, das Recht haben sollte, durch Richterspruch den Kauf reszindieren lassen zu können. Dem Käufer sollte aber die facultas alternativa zustehen, durch Zahlung des fehlenden Restbetrages den rechtlichen Bestand des Vertrages zu sichern.[10]) Dieses Recht wurde dann im gemeinen Recht auch auf den Käufer und ferner auch auf andere gegenseitige Verträge ausgedehnt, wenngleich dies schwerlich im Sinne des Gesetzgebers gelegen hat, da diesen wohl nur die soziale Not seiner Zeit zu der Gesetzesbestimmung veranlaßte. Das Gesetz sollte dem Verschleudern aus Not, wozu damals jeder Unbemittelte gedrängt wurde, vorbeugen.[11]) Ein Rücktrittsrecht im Sinne dieser Arbeit ist dieses Recht nicht.[12]) Es weicht von einem solchen erstens durch die Art der Ausübung ab, da hier die Aufhebung durch Richterspruch erfolgt, und zweitens auch durch den Umstand, daß es nicht lediglich vom Verkäufer abhängt, ob es zur Auflösung des Vertrages und Rückgabe des Kaufgegenstandes kommt. Vielmehr braucht es überhaupt nicht zur Auflösung zu kommen, da dem Käufer die facultas alternativa zusteht, durch Zahlung des Fehlbetrages den Vertrag aufrecht zu erhalten. Die Aufhebungsbefugnis des Verkäufers ist mithin immer dadurch bedingt, daß der Käufer nicht von seiner facultas alternativa zugunsten des Bestehenbleibens des Vertrages Gebrauch macht. Daher ist dieses Recht als ein Anfechtungsrecht anzusehen.[13]) Es trägt alle Charakteristika eines solchen an sich.

b) Bezeichnend für die praktische Bedeutung des Rücktrittsrechts ist der Umstand, daß das mit dem modernen Rücktrittsbegriff am meisten übereinstimmende Rechtsinstitut des römischen Rechtes sich auch an dem wirtschaftlich bedeutendsten Rechtsgeschäfte, dem Kauf, herausgebildet hat. Ursprünglich von denselben Prinzipien geleitet wie die übrigen Kontrakte, stand eine Rückforderung des Geleisteten wegen Ausbleibens der Gegenleistung ebenso in Widerspruch mit dem Rechtsgefühl. Mit der actio venditi konnte der Verkäufer und mit der actio emti der Käufer nur auf die Gegenleistung oder auf das Interesse an ihr klagen.[14]) Die Be-

---

[10]) s. Cod. IV 44, 2.

[11]) vgl. Dernburg II § 102 Nr. 2; Windscheid II § 396 Anm. 2 und 9; Sandstein, Diss. Berlin 1887. Laesio enormis S. 39 f.

[12]) vgl. Hoffmann a. a. O. S. 15; Dernburg und Windscheid a. a. O.

[13]) So wie hier Schellen a. a. O. S. 26. Über den Unterschied zwischen Rücktritt und Anfechtung s. unten § 7, V dieser Arbeit.

[14]) l. 6 Cod. IV 49: Venditi actio si non ab initio aliud convenerit non facile ad rescindendam perfectam venditionem sed ad pretium exigendum competit. Vgl. Huch, Der Vollzug der Wandelung nach § 463 B.G.B. (Diss. Breslau 1903) S. 7. Es konnte allerdings bei völliger Unbrauchbarkeit und Wertlosigkeit der Kaufsache infolge ihr anhaftender Mängel der Fall eintreten, daß der Richter auf Rückgabe der Kaufsache und Rückzahlung des Kaufpreises erkannte, so daß es tatsächlich zur Auflösung des Vertrages kam. Hier wurde aber die Rück-

dürfnisse des Marktverkehrs erheischten aber gerade hier dringend ein Rücktrittsrecht. Dies war allein der befriedigende Ausgleich zwischen dem ordentlich erfüllenden Kontrahenten und dem Gegner, der seiner Vertragsverpflichtung nicht nachkam. In richtiger Einsicht des Wertes dieses Rechtsinstituts schuf auch die für den Marktverkehr in erster Linie in Betracht kommende Behörde, die Ädilen, ein Rechtsmittel, die ädilizischen Klagen, welche den unter der Lässigkeit des Gegners leidenden, aber gleichwohl an den Vertrag gebundenen und zur Erfüllung bereiten Kontrahenten schützen und von den Fesseln des Vertrags befreien sollten. Eines der ädilizischen Rechtsmittel, die actio redhibitoria, die wahlweise mit der Minderungsklage, der actio quanti minoris, dem Käufer gewährt wurde, wenn die der Kaufsache beigelegten Eigenschaften (dicta) fehlten, oder wenn ihr Mängel, selbst dem Verkäufer unbekannte, anhafteten, gewährte dem Käufer den Rücktritt. Mit dieser Klage sollten beide Kontrahenten in den Zustand versetzt werden, der vor Vertragsabschluß bestand; der Vertrag sollte mithin als nie geschlossen betrachtet werden können.[15]) Dieses Recht gleicht am meisten von allen erwähnten Auflösungsbefugnissen des römischen Rechts unserem Rücktrittsrecht. Die Ausübung ist zwar nicht ganz dieselbe, aber die Wirkung des Rechtsmittels ist fast die gleiche,[16]) wenn auch das römische Recht hier noch besondere Strafbestimmungen kennt,[17]) die mit dem Rücktrittsbegriff nichts zu tun haben.

4. Aus dem vorhergehenden ergibt sich nun, daß das römische Recht ein allgemeines, unter bestimmten Voraussetzungen gewährtes Rücktrittsrecht vom Vertrage nicht kannte. Rücktrittsähnliche Institute finden wir nur bei den Innominatkontrakten und beim Kauf. Es muß nun noch auf eine Eigentümlichkeit des römischen Zivilprozesses aufmerksam gemacht werden, die von Einfluß auf die Ausübung eines Rücktritts ist.

Wenngleich das römische Recht unter bestimmten Voraussetzungen ein unserem heutigen Rücktrittsrecht gleiches Recht gewährte, so kann oder

---

gabe als der Inhalt des Interesses angesehen, die actio emti bleibt somit Erfüllungsklage, da sie auch hier auf die Leistung des Interesses als Erfüllungssurrogats, nicht auf die Auflösung geht, wenn auch der tatsächliche Effekt die Vertragsauflösung ist. l. 11 § 3 Dig. XIX, 1 vgl. Huch l. c.

[15]) l. 23 § 1 Dig. XXI,1: . . . „ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset." und § 7 l. c. . . . „iudicium redhibitoriae actionis utrumque, i. l. venditorem et emtorem, quodammodo in integrum restituere debere. Vgl. Windscheid § 394 Nr. 2 und l. 60 Dig. XXI 1.

[16]) vgl. Dernburg II § 100 Anm. 6 und § 101 Anm. 2 sowie Dehn „Die a. redh. in ihrer Funktion als Schadensersatzklage" Diss. Erlangen 1896 S. 3 und § 13 S. 28. Das Hauptprinzip ist jedenfalls das gleiche wie das des Rücktritts im jetzigen Sinne: Vollständiges Rückgängigmachen des Vertrages mit allen seinen Folgen, als ob es nie zum Abschluß desselben gekommen wäre. Freilich ist es streitig, ob nicht das römische Recht daneben noch Interesseforderungen gekannt hat. (Dehn l. c.) S. darüber § 4, 2b dieser Arbeit und Anm. 7 ebenda.

[17]) vgl. hierüber § 4 Anm. 11. S. 18.

vielmehr braucht doch wenigstens während der klassischen Zeit des römischen Rechts, nämlich der des Formularverfahrens, welches sich bis auf Diokletian erhielt, in keinem Falle der Zweck und das Ziel des Rücktritts — Wiederherstellung des Zustandes, der vor dem Vertragsabschlusse bestand und zwar so, als ob der Vertrag nie zustande gekommen wäre — selbst bei allen objektiv hierzu vorhandenen Voraussetzungen verwirklicht zu werden. Dies ist in dem Grundsatz des römischen Zivilprozesses zur Zeit des Formularverfahrens: „omnis condemnatio pecuniaria est" begründet. Solange der Gegenstand des Vertrages, die übergebene Sache, noch vorhanden ist, wird sich nach unserem Empfinden, welchem auch die neuere Gesetzgebung entspricht, die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes lediglich so gestalten, daß die Vertragsparteien die geleisteten Gegenstände zurückgewähren und einander für das Geminderte Schadensersatz gewähren. Dies würde auch im römischen Recht so geschehen, wenn der Gegenstand des gegenseitigen Vertrages Geld ist. Sobald es sich aber um andere Gegenstände handelt, ist das Bild im römischen Prozeß ein völlig anderes. Dieser kennt keine Verurteilung zur Herausgabe einer Sache, falls ein Kontrahent bei einem ihm zustehenden Rücktrittsrecht sich gerichtlich die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes erzwingen wollte. Die unterliegende Partei kann nur zur Geldzahlung verurteilt werden. Es wird das Interesse an der Sache und deren Wert vom Richter nach der ihm vom Prätor in der Formel gegebenen Anweisung abgeschätzt und dieser Betrag dann zugesprochen. Dadurch ist immer der Eindruck gewonnen, als handelt es sich nicht um Rücktritt vom Vertrage, sondern um bloßen Schadensersatz. Eine Wiederherstellung des früheren Zustandes in natura ist in diesem Falle ausgeschlossen. Wenn auch durch das dem Urteil vorhergehende arbitrium de restituendo des Prätors der Partei wenigstens eine Möglichkeit gegeben wurde, ihre Leistung zurückzuerhalten, so war dies doch immerhin nicht die sichere Folge. Auch bei der actio redhibitoria war die Redhibitionspflicht des Käufers in die Klagformel aufgenommen und von deren Erfüllung die Verurteilung des Verkäufers abhängig gemacht.[18]) Eine Zwangsvollstreckung in diese Sache gab es aber im klassischen Recht nicht, wenn diesem arbitrium nicht stattgegeben wurde. In diesem Falle konnte aber dann ein ziemlich empfindlicher pekuniärer Schaden entstehen, da einerseits die Abschätzung der Klagesache jetzt einseitig vom Kläger durch den sog. jusjurandum in litem erfolgte, und andererseits auch Verurteilung in duplum des Wertes erfolgen konnte.[19])

---

[18]) vgl. hierzu Lenel, Edictum perpetuum (Leipzig 1883) S. 438 ff.

[19]) z. B. bei actio redhibitoria; s. Sohm, Institutionen 11. Aufl. 1903 § 53 S. 264 u. l. 45 Dig. XXI 1. Ein direkter Schaden irgend einer Vertragspartei, mag sie ihn auch verschuldet haben, ist aber doch eine so empfindliche Folge eines Vertrages, daß von einem Ausderweltschaffen des Vertrages nicht die Rede sein kann (s. § 8 der Arbeit). Prozessual brauchte es nie zum eigentlichen Rücktrittsziel, der Wiederherstellung des früheren Zustandes, zu kommen.

§ 3.

2. Deutsches Recht.

1. Ebenso wie im römischen Recht gestaltete sich die Entwicklung des gesetzlichen Rücktrittsrechtes auch im altdeutschen Recht. Ursprünglich gab es überhaupt keinen gesetzlichen Rücktritt vom Vertrage. Zur Zeit des Sachsen- und des Schwabenspiegels suchte man wie im römischen Recht ein Rücktrittsrecht beim Kauf infolge mora des Gegners zu konstruieren, doch findet diese Behauptung „keine unzweifelhafte quellenmäßige Rechtfertigung".[1]) Einzelne Partikularrechte nur gestatten, falls der Verkäufer die mora des Käufers dem Gericht angezeigt hat, ein „Rücktrittsrecht" und lassen den Verkäufer, wenn er die Sache für billigeren Preis an einen Dritten verkauft, die Preisdifferenz vom säumigen Käufer erfordern. Ein Ausderweltschaffen des Vertrages ist das natürlich nicht, da ja der Käufer aus dem Vertrage auf die Wertminderung haftet.[2]) Stadtrecht von München (1347) Art. 39 (Fr. Auer, München 1840):

„Swelich chauf mit leitchauf gestaett wirt, der sol chraft haben. Swaz verleitchauft wirt, swer daz chauft, wil der daz nicht haimen (zu sich nehmen) und sich unterwinden und lösen, so sol ez der da verkauft hat für recht pringen und dann verchauffen, als daz recht sait; gieng im aber daran icht ab, daz sol im iener erstatten und geben."

Ebenso, aber ohne die Haftung des Säumigen auf die Preisdifferenz, das Wiener Stadtrecht (Dr. Heinr. Maria Schuster, Wien 1873) Wiener Stadtrechts- oder Weichbildbuch (1276—1296) Art. 62 S. 2:

„Vergwisset awer der chaufman des chaufschatz nicht in der zeit und er sich vermezzen hat, sol der hingeber für recht gen und schol daz öffen .... Wenn er das also geöffent und auch pringet also recht ist, so wirt im sein chaufschatz ledig, also, daz er de ze chaufen geit furbas, svem er welle."

2. Im deutschen Recht findet sich auch ein sogen. Reurecht. Um zu untersuchen, ob dieses Recht als Rücktrittsrecht anzusehen ist, muß

---

[1]) Stobbe, Handb. des deutschen Privatr. 3. Aufl. III § 231, 4 u. Anm. 19. Die für obige Behauptung angeführten Stellen: Sachsp. I 9 § 2 und Richtsteig 19 § 4 sowie Schwabsp. 200 können nicht als Beweis dienen. Nach ersterer muß bei einem Verkauf, falls von der Gegenpartei der Preis oder ein Teil desselben schon bezahlt ist, wenn der Verkäufer stirbt, der Erbe den Vertrag erhalten. Dies ist aber nur ein Beweis für das weiter unten Folgende, daß ein Vertrag erst durch Leistung, Teilleistung oder andere äußerlich wahrnehmbare Zeichen rechtsbeständig wird. Schwabsp. 200 behandelt einen solch speziellen Fall (eine Vermögensverwirkung betrifft nicht das gekaufte Gut, falls letzteres noch nicht bezahlt ist), daß hieraus nicht gleich ein gesetzliches Rücktrittsrecht gefolgert werden kann. Stobbe a. a. O.

[2]) Die Klage auf Zahlung der Wertminderung ist die Vertragsklage. Es ist dies das Recht des Selbsthilfeverkaufs des Art. 343 A. D. H.G.B., kein Rücktrittsrecht.

vorerst eine kurze Bemerkung über die beim Vertragsschlusse vom deutschen Recht erforderte Form gemacht werden.

Der Vertrag des alten deutschen Rechts entbehrte nicht der Feierlichkeit, mit der das römische Recht seinen Vertrag ausstattete. Wenn es auch hier nicht die feierlichen Worte der Stipulation sind, die den Vertrag zustande bringen, so hat der Germane eine Menge äußerer Bekundungsmittel, welche Wesensformen beim Vertragsabschlusse bildeten. Dies waren u. a. weinkauf oder litkauf, Zeugen, Hingabe eines wadium, Gottespfennigs,[3]) oder einer arrha. Erst durch diese symbolischen Handlungen kam der Vertrag zustande, wie aus zahlreichen Stellen der Quellen aller Partikularrechte hervorgeht.[4])

Augsburger Stadtrecht Art. 125 (1276) Satz 2 (Dr. Christian Meyer 1872):

„Swa ein kauf geschiht da der gotsphenninch an geben wirt oder sust litkauf an getrunchen wirt, der sol stäte sin, ez ensi danne ettelich dinch da inne das den kauf gebrechen muge oder geirren.“

Steiermärkisches Landrecht 177 (erste Hälfte des XIV. Jahrhdts.):

„Wann man chawft oder hin geit, wann man leytchawf trinkcht oder gotsphenig geit, so ist der chawf stêt.“

Dithmarsches Landrecht von 1447 § 38:

„ . . . hefft de denne ghude bewysinge, dat he den gades pennyngh entfanghen hefft, de schal sinen kop holden.“ Hier ist der Gottespfennig auch der Beweis im Prozeß für den vom Gegner bestrittenen Kaufabschluß.

Burgersprach zu Bielefeld von 1578[5]):

„Alle diejenige die Wibbolde oder Stadtgueder kauffen oder verkauffen, davon zu beiden seiten Gottespfennigk gegeben und entpfangen oder Weinkauff in beisein gueter Leute zu beiden Seiten gedruncken, solch kauf soll zu beiden theilen gehalten werden.“

Hildesheimer Vogteirecht[6]):

„Si quis aliquid emit et dat mercipotum, nec emtor nec venditor possunt revocare.“

---

[3]) Durch Hingabe des Gottespfennigs bedang sich der Käufer den Vorbehalt einer Überlegungsfrist, während welcher sich der Verkäufer die Sache nicht anderweit zu veräußern verpflichtete. Nach Ablauf dieser Frist erfolgte der Vertragsschluß durch Wadiation. Diese beiden rechtlich verschiedenen Handlungen verschmolzen aber im Laufe der Zeit, so daß dann schon durch die Hingabe eine obligatorische Bindung beider Parteien eintrat (vgl. Heusler, Inst. d. deutschen Privatr. Lpzg. 1886 Bd. 2 § 127 S. 255 Anm. 5 u. Bd. 1 S. 80 ff.).

[4]) Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 28 ff.; Stobbe, Reurecht und Vertragsschluß Teil 2 S. 4 (vgl. insbesondere für das hier Ausgeführte Heusler a. a. O. Bd. 2 S. 227 ff.; Gerber, System des deutsch. Privatr. (17. Aufl. v. Cosack § 188 S. 324 Anm. 1.

[5]) Carl Friedrich Walch, Vermischte Beyträge zu dem deutschen Recht, Jena 1771, Teil 3 S. 69.

[6]) Grupen, Origines et antiqu. Hannover. (1740) S. 234.

Hamburger Stadtrecht von 1270, VI, 27:

„So wanne een man koft enen kop onde godespenyng darup gift, de kop schall to rechte stide wesen, is it varende hane.“

Ebenso Stadtrecht von 1290 GXXII und von 1497 L. V.

Übereinstimmend die Statuten von Riga LXXXIV und von Stade II, 26.[7])

Der Kontrakt kommt also hier erst mit diesen symbolischen Zeichen zustande, alles vorher Geschehene sind Vorverträge, Punktationen, die unverbindlich sind. Das bis zu diesem Abschluß gegebene Reurecht ist mithin kein Rücktrittsrecht analog wie die condictio sine causa des römischen Rechts vor Klagbarkeit der Innominatkontrakte.

3. Die Bedürfnisse des Verkehrs drängten aber auch im deutschen Rechte vorwärts. Man brach mit den alten Formerfordernissen, nachdem man zur Zeit der Rezeption teilweise auch den aussichtslosen Versuch gemacht hatte, der römischen Stipulation, deren Namen, jedoch in anderer Bedeutung, sich schon in den fränkischen Urkunden des 8. und 9. Jahrhunderts findet,[8]) in Deutschland Boden zu verschaffen. Die bisherigen Formalien zum Zwecke des Vertragsschlusses schwanden zwar nicht, sanken aber zu bloßen Bestärkungsmitteln herab. Ebenso verlangte auch die Praxis ein Rücktrittsrecht oder ein dem ähnliches Institut. Dies wurde auch geschaffen. Man gewährte in vielen Stadtrechten allgemein einen Rücktritt vom rechtlich gültig zustandegekommenen und vollwirksamen Vertrage, imdem man die arrha, das jetzige Bestärkungsmittel, zur Vertragsstrafe bestimmte. Der Käufer verliert beim Rücktritt vom Kauf die arrha an den Verkäufer, dieser aber hat, falls er zurücktreten will, die arrha dem Käufer doppelt zu restituieren. Dies bezeugen zahlreiche Quellenstellen:

---

[7]) Dieses wadium oder der litkauf sind so als äußere Sinnbilder von rechtlich bedeutenden Vorgängen in Gebrauch, daß sie nicht nur beim Obligationenrecht, sondern auf allen anderen Rechtsgebieten vorkommen, z. B. ist es sehr wichtig im Verfahren. Vgl. ferner Urkundenbuch des Landes ob der Enns I, 165 Nr. 140:

„Ipse autem predictus dom. abbas in eiusdem testamenti stabilimentum singulis testibus obtulit denarium. quatenus spe celestis denarii dum in hac vita maneant veritatem semper defendant.“ Nach den Freisteiner Akten wird im Freisteiner Gebiet vom Brautwerber Litkauf bezahlt. Überhaupt sind diese Anschauungen von der Unabänderlichkeit des Kontraktes so ins Volksbewußtsein eingedrungen, daß der Dichter, um die Unabwendbarkeit des Todes zu charakterisieren, das Bild des Weinkaufs gebraucht:

„Nit anders is der welt lof
Wir hant sin truncken den winkoff
Der niemer mer wider gat
Und iemer me am end stat.“

(Siegel S. 31 aus Laßbergs Liedersaal 3,574 v. 71 ff.)

[8]) Die Formel z. B. donatio firma permaneat stipulatione subnixa ist, wie Heusler (a. a. O. Bd. 1 S. 76 A. 4) hervorhebt, weit verbreitet. Hier ist die Bezeichnung stipulatio aber wohl lediglich der aus den römischen Formeln herübergenommene Ausdruck für die dem deutschen Rechte eigentümliche festuca, wadia.

Das lübische Recht sieht vom Verlust der arrha noch ab, sofern nur auf der Stelle, noch bevor sich die Parteien getrennt haben, das Reurecht geltend gemacht wird.

„Si vero uni eorum emtio displicet, antequam pedem mutaverit, denarium sancti spiritus restituere aut recipere poterit, quod pede mutato facere neuter eorum poterit."

Revidiertes lübisches Recht III, 6, 6:

„Wann einer auff gethanen Kauff, Pact, Miete oder Dienst den Gottespfennig oder Arrham gibt, so ist solches alles kräfftig, es wäre dann, daß also fort, bald und ehe sie scheide in continenti die arrha wiederum zurückgegeben und gefordert würde." Ebenso Friedrichstädter Recht.[9])

In anderen Partikularbestimmungen nur gegen Verlust event. doppelter Restitution der arrha.

Hildesheimer Vogteirecht:[10])

„Si quis aliquid emit et aliquam summam super eo dederit, quod dicitur oringe, si idem vult retractare, ipse amittit summam, quam dedit, et potest cessare; si vero venditor retractare voluerit, ipse summam, quam accepit, restituet et postea duplo restituet ipsam summam, que dicitur oringe."

Für die Geltendmachung dieses Reurechtes waren dann in den einzelnen Partikularrechten noch verschiedene Fristen gesetzt.

So mußte nach Eiderstadter Landrecht das Reurecht spätestens am andern Tage geltend gemacht werden.

Das württembergische Landrecht von 1610 kennt eine zeitliche Grenze nicht (Teil 2 tit. 9):

„Doch wo ein Arrha oder Haffpfenning auff den kauff gegeben oder Weinkauff getrunken worden, soll der Käufer, so er abtreten will, den Hafftpfenning verlohren haben wie auch den gantzen Weinkauff allein bezahlen. So aber der Verkäuffer begehrte vom Kauff abzustehn, soll er dem Käuffer neben Bezahlung des Weinkauffs den Hafftpfenning doppelt hinauss zu geben und zu erstatten schuldig sein."[11])

Ebensowenig gab es eine solche nach Wormser Reform (Ausgabe von 1561 fol. 96b):

„Doch so weynkauff oder ein Gottsheller, das man nennet Arram, auff den Kauff gegeben were, will dann der kauffer abtretten, soll er verlieren den ausgegebenen weinkauff oder Gottsheller. Wil aber der verkauffer hinder sich und den kauff nit halten, der soll zwyfaltigen Weynkauff oder den entpfangnen Arram herauss zu geben schuldig sein.'

---

[9]) Esmarch, Das im Herzogtum Schleswig geltende bürgerliche Recht (1846) S. 410.

[10]) Grupen a. a. O. S. 234.

[11]) Bei Immobilien waren jedoch 2 Wochen als längste Frist bestimmt l. c. II 13.

Das Alte Badische Landrecht (IV 8 § 1) erwähnt dieses Reurecht nur beim Kauf von Immobilien (**Stobbe**, Reurecht S. 25).

„Ist beim Verkauf von Immobilien der Weinkauf getrunken oder ein Traufgeld gezahlt, so kann der Käufer nur gegen Verlust desselben, der Verkäufer gegen doppelte Restitution zurücktreten."

Noch weiter lassen den zurücktretenden Teil die niederdeutschen Quellen haften. So legt das Dithmarsische Landrecht dem Verkäufer außer dem doppelten Gottespfennig auch noch eventuellen weiteren Schadensersatz auf, während der Käufer mit der allgemein üblichen Aufopferung der arrha freikommt (1567 Art. 61) (**Stobbe**, eod.):

„Wil de Köper nicht holden, so ys he verlustig des Gadespenninges, den he up den Koep gegeben hefft. Wolde aberst de Verköper den Koep nicht holden, so schall he dem Köper des negesten Dages darnoch den Gadespenning dubbelt weddergeben. Und so de Köper non haven dat dardorch in Schaden gekahmen, dat ehm das geköffte guht nicht gelevert worden: wes des beweyslyk ys, dat ys ehm de Verköper upthorichten und tho gelden verpflichtet."

Nach Schleswiger (Kap. 67) und Apenrader (Art. 42) Stadtrecht verliert der zurücktretende Käufer nicht nur die arrha, sondern muß außerdem dem Verkäufer noch 6 Schillinge bezahlen. Nach Haderslebener Stadtrecht ist der Wert des Kaufgegenstandes für die beim Rücktritt zu zahlende Pön bestimmend und zwar beträgt diese bei einem Kaufgegenstand, dessen Wert unter 3 Mk. beträgt, 18 Pfg., bei höherem Werte aber 3 Mk. (vgl. **Esmarch** l. c.).

Das Deutsche Recht hat mithin den Erfordernissen des Verkehrs Rechnung getragen und ein Recht geschaffen, welches dem Handel zustatten kam. Gleichwohl ist dieses Recht aus den schon mehrfach entwickelten Gründen nicht ein Rücktrittsrecht im Sinne dieser Arbeit, da wieder das Hauptcharakteristikum, welches die Römer „in integrum restituere" (l. 23 § 7 Dig. XXI 1; s. oben § 2 Anm. 15) nannten, das Schaffen des vorherigen Zustandes, fehlt. Ich möchte dieses Reurecht lieber als eine kraft Gesetzes jedem gegenseitigen Vertrage beigegebene Auflösungsbefugnis jedes Kontrahenten bezeichnen, vermöge deren jeder gegen Aufopferung einer bestimmten Summe sich von der Verpflichtung aus einem schon abgeschlossenen Vertrage freimachen kann. Jeder Vertrag wird unter einer gesetzlichen lex commissoria abgeschlossen, ungefähr in Analogie zur neueren französischen Gesetzgebung, die auch etwas derartiges bestimmt.[12])

[12]) Art. 1184 Code civil: s. darüber § 5, 2 dieser Arbeit. — Ob übrigens dieses in vielen Partikularrechten gewährte Reurecht, welches den Quellen nach an keinerlei Voraussetzungen gebunden ist, praktisch war, ist sehr anzuzweifeln. Wenn auch das Gebundensein an einen Vertrag durch die Schuld des anderen Kontrahenten außerordentlich zur Last fallen kann und dann unter bestimmten Voraussetzungen ein Rücktrittsrecht vom Verkehr erfordert ist, so ist doch umgekehrt ein voraussetzungsloses Reurecht eher schaden- als nutzenbringend, da keinem Kontrahenten die Garantie geboten ist, daß der abgeschlossene Vertrag auch wirklich erfüllt wird, sondern jeder, wenn es ihm paßt und insbesondere wenn infolge einer plötzlichen wirtschaftlichen Baisse der Verlust aus dem erfüllten Vertrage ein höherer

4. Ob nun dieses Reurecht nach der Rezeption des römischen Rechts den römischen Anschauungen weichen mußte, nach denen arrha weder als Zeichen des Vertragsabschlusses noch als Bestärkungsmittel, sondern lediglich als Beweismittel [13]) galt, oder ob die Partikulargesetzgebungen, wie z. B. das Handelsrecht, „in legislatorischer Erkenntnis, daß es in ungesunder Weise die Sicherheit des Verkehrs beirre," [14]) das Reurecht abgeschafft haben, ist hier nicht näher zu untersuchen. Jedenfalls ist in vielen Statuten direkt ein Verbot des Reurechts enthalten, so daß man aus dieser ausdrücklichen Hervorhebung fast herauslesen könnte, dem Gesetz sei der Begriff Reurecht nicht unbekannt gewesen. So sagt die Nassau-Katzenellenbogensche Landesordnung I 4 § 3.

„Also soll auch keinem Teil erlaubt sein die Weinkaufskosten zu zahlen und von dem beschlossenen Kontrakt abzuspringen oder aber daher, wie man sich mehrmals unterstanden abzuspringen, weil der Aufruff noch nicht beschehen wär; sondern ohnangesehen, daß sich einer zur Erstattung der Weinkaufskosten erbieten oder der Aufruff noch nicht beschehen sein würde; So soll es doch bey demjenigen, was einmahl geschlossen wie billich und ehrbar ist, gelassen werden."

Ebenso Langensalzaer Statuten von 1566.[15])

„Darzu soll auch der Gottes Pfennig anders nicht wenn zu einer Bestätigung des Kauffes und nicht des einigen Theil dadurch von denselbigen abzutreten vorbehalten gegeben und genommen werden. Und da gleich Käuffer oder verkäuffer deshalb ausdrücklich nichts abgeredet noch gehandelt hätten, so soll es doch dahin verstanden werden, daß kein Theil ohne des anderen bewilligung von dem Kauff abstehen möge." Mithin kein gesetzliches, sondern nur vertragsmäßig ausbedungenes Rücktrittsrecht.

Zu demselben Resultate kommt auch das schon oben [16]) erwähnte Wiener Stadtrechts- und Weichbildbuch im Art. 61:

„Chauft ein man ein chaufmannschaft, welcherlai es ist, und geit einen gotzphenning daran, er mues denselben chauf stet haben und mag sein nicht widerchomen, er nem daran schaden oder früm. Es sei denn, daz seu paidenthalben, der hingeber und der chaufer sich des chaufes anen wellen mit gueten willen, so get der chauf wol wider. Ist awer, das ir ainen de chauf geräuet, es sei der

---

wäre als der der Arrha, einfach sein Reurecht geltend machen kann. Ein solches Reurecht ist ebenso überflüssig und schädlich wie das sogen. jus poenitendi des römischen Rechts nach der Klagbarkeit der Innominatkontrakte. Der Verkehr fordert nicht ein bedingungsloses Reurecht, sondern nur ein unter bestimmten, wichtigen Voraussetzungen gewährtes Rücktrittsrecht vom gegenseitigen Vertrage.

[13]) Pr. J. de empt. et vendit. 3,23: . . . „Nam quod arrhae nomine datur, argumentum est emptoris et venditiones contractae." fr. 35 pr. de contrah. empt. XVIII 1: „Quod saepe arrhae nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quod sine arrha conventio nihil proficiat: sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio."

[14]) Stobbe a. a. O. S. 27.

[15]) Walch a. a. O. Teil VII, V S. 276 bis 278.

[16]) Schuster Wien 1873, s. oben § 3, 1 dieser Arbeit.

hingeber oder der chaufer, und den andern nicht, so mag der chauf nicht widergen und mues stet bleiben.[17])

Hier ist also mit ausdrücklichen Worten das Reurecht verworfen und nur vertragsmäßiges Rücktrittsrecht gegeben. Ebenso Friedrichstätter Landrecht und Lübisches Recht.[18]) Das Reugeld muß fortan immer kontraktlich festgelegt werden.[19])

---

[17]) vgl. Eckernförder Stadtrecht c. 26 bei Esmarch a. a. O. S. 411. Ebenso Privileg für Passau v. J. 1225: „Quicunque rem aliquam emerit et in ipsas arram, que leichauf dicitur, tradiderit venditori, nec emtor nec venditor huius potest revocare contractum." Purgoldts Rechtsbuch 3, 35 „Ist es aber das der kouffer etwas doruff gibt adder des winkouff trincket, szo mag man den kouff mit rechte nicht widderzcihen, wan dith ist eyn gezeugnisse eynes bestendigen kouffes. Dith ist das beschriebin recht." Auch Ofener Stadtrechtsbuch 375: „Wer einen kauff thuet vmmb farund hab, der da pestetiget wirt mit einem gotes pfennig der selbig kauff mucz stetig seynn zu gewyn vnnd zu schaden."

[18]) Dieses hat noch die Sonderbestimmung, daß bei Immobilien der Verkäufer vor Vollzug des Kaufes gegen den zehnten Teil des Kaufgeldes zurücktreten kann (Esmarch a. a. O.) d. h. wenn der Verkäufer das Kaufgeld noch nicht empfangen oder der Käufer noch nicht in den Besitz des Grundstücks gelangt ist (Stolbe: Reurecht und Vertragsschluß II 14).

[19]) Diese Anschauungen über Reugeld leben bis in die neueste Zeit hinein. Es lassen sich die Spuren fortlaufend bis jetzt verfolgen, wenn auch natürlich hie und da Modifikationen stattfanden. So sagt Eugen Thomas in seinem System aller fuldischen Privatr. (1790 3. Bd. § 505 S. 57), daß natürlich Reue vor vollständigem Kaufabschluß jederzeit stattfände. Nach dem Zustandekommen dieses Konsensualkontraktes gestatte kein Oberamt oder Amt des Hochstiftes den sogen. Reukauf ohne Bewilligung des Gegenkontrahenten mit Ausnahme des Oberamtes Geiß. Dieses gewähre einen Rückkauf nach gültig zustande gekommenem Kaufe, wenn binnen 24 Stunden nach Zustandekommen die Reue dem Gericht angezeigt werde. Der Pönitent habe dann eine Anzeigsgebühr von 5 fl. zu entrichten.

Im Großherzoglich Sächsischen Privatrecht (Sachse, Handbuch 1824 § 407 S. 377) hat sich das Reurecht bei der Subhastation erhalten mit Verlust der cautio de non poenitendo s. de prosequendo licito, welche dem Schuldner oder der Konkursmasse verfällt und einen Bruchteil (1/8 bis 1/10) des höchsten Gebots beträgt. Beim Kauf dagegen wird (§ 428 ibid. S. 401) im Gegensatz zu früher ein gesetzliches Rücktrittsgeld nicht mehr gewährt.

Im württembergischen Privatrecht (Reyscher, Das gesamte württ. Pr. 1837 Bd. 3 § 413) ist arrha 1. Haftgeld d. i. Beweismittel 2. Reugeld (Wandelpön) und Rücktritt gegen ihre Aufopferung gestattet (L.R. II 9 § 20).

B.G.B. für das Kaisertum Österreich § 908 S. 2: „Wird der Vertrag durch Schuld einer Partei nicht erfüllt, so kann die schuldlose Partei das von ihr empfangene Angeld behalten oder den doppelten Betrag des von ihr gegebenen Angeldes zurückfordern. Will sie sich damit aber nicht begnügen, so kann sie auf Erfüllung oder, wenn diese nicht mehr möglich ist, auf den Ersatz dringen." Angeld vertritt bei Rücktrittsvorbehalt im Zweifel Reugeld (s. § 910 l. c.) B.G.B. für Königreich Sachsen § 897: „Ist bei dem Abschlusse eines Vertrages etwas als Reugeld oder Reubuße gegeben oder versprochen, so ist der Geber berechtigt, von dem Vertrage mit Verlust des Reugeldes zurückzutreten, ausgenommen, wenn er bereits mit der Erfüllung des Vertrages den Anfang gemacht oder die Erfüllung von dem andern angenommen hat." (Das Prinzip des alten Rechts!)

Einen anderen Standpunkt nahm das Allgem. Handelsgesetzbuch ein. Art. 285: „Die Draufgabe (Arrha) gilt nur dann als Reugeld, wenn dies vereinbart oder ortsgebräuchlich ist. Sie ist, wenn nichts anderes vereinbart oder ortsgebräuchlich ist, zurückzugeben oder in Anrechnung zu bringen." Ebenso B.G.B. § 336 Abs. 2: „Die Draufgabe gilt im Zweifel nicht als Reugeld."

§ 4.

3. Gemeines Recht.

1. Durch die Rezeption des römischen Rechts wurden in Deutschland die römischen Anschauungen über Vertrag und auch über Rücktritt bekannt und sie suchten sich hier Geltung zu verschaffen. Teils wurden sie unverändert übernommen und später weitergebildet, teils aber auch, soweit es die in Deutschland anders liegenden Verhältnisse bedangen, modifiziert oder auch ganz abgelehnt.

Die römischen Anschauungen über Kontrakte und deren Formerfordernisse lagen in Deutschland in Widerstreit mit den altdeutschen, und aus diesem Streite entwickelte sich schließlich das Prinzip der Formlosigkeit aller Verträge.[1]) Somit verschwanden auch die im römischen Recht für bestimmte Kontraktsgruppen gewährten rücktrittsähnlichen Auflösungsbefugnisse mit Ausnahme der actio redhibitoria. Mit den Innominatkontrakten fiel auch die bei letzterer gegebene condictio sine causa und naturgemäß auch das jus poenitendi,[2]) wenngleich sich für dieses noch Verteidiger fanden.

Insbesondere wurde auch die juristische Konstruktion der gegenseitigen Verträge weiter entwickelt und hier die verschiedensten Ansichten verfochten. Neben Verteidigern der ursprünglichen römischen Anschauung von den beiden vollständig unabhängigen Kontrakten[3]) standen jetzt immer mehr Juristen auf, die die Wechselbeziehungen der beiden Leistungen und ihre gegenseitige Abhängigkeit betonten.[4]) Andere erklärten den synallagmatischen Vertrag als nur eine[5]) Obligation mit einem Gemisch von Ansprüchen und Gegenansprüchen. Jedenfalls ging das Streben der Wissenschaft wie Praxis dahinaus, die gegenseitige Abhängigkeit, die in Wirklichkeit doch zwischen den beiden Leistungen der Kontrahenten besteht, auch juristisch zur Geltung zu bringen und die praktischen Konsequenzen hieraus zu ziehen.[6])

2. Modifiziert wurden im gemeinen Recht auch etwas die Auflösungsbefugnisse des römischen Rechts beim Kauf.

a) Die Kodexstelle, durch welche das Rücktrittsrecht wegen laesio enormis gegeben wurde, erfuhr von der gemeinrechtlichen Wissenschaft und Praxis eine sehr extensive Interpretation. Wie schon oben[7]) er-

---

[1]) Dernburg, Pandekten II § 8.

[2]) Dernburg l. c. § 7 A. 16; Windscheid II § 321 Note 2.

[3]) z. B. Wächter, „Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?“ im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 15 S. 97 ff. und 188 ff.

[4]) Windscheid II § 93 A. 1. Beide Obligationen bestehen völlig getrennt von einander, nur kann keiner Erfüllung verlangen, ohne selbst zu leisten.

[5]) Gans, Über Römisches Obligationsrecht, Heidelberg 1819, 1. Abhdlg. S. 107 f.

[6]) s. hierüber Dernburg, Preußisches Privatrecht II § 45 und Pandekten § 20 Anm. 1; v. Kübel a. a. O. Begr. zu Abschn. I Titel 2, I, 3. Über Praxis s. Nr. 4 dieses Paragraphen.

[7]) s. oben § 2, 3a a. E.

wähnt, trat der Charakter dieses Rechts als Anfechtungs-, nicht Rücktrittsrechts immer schärfer hervor, da man in Verkennung des volkswirtschaftlichen Grundes dieser Gesetzesbestimmung Dolus des Käufers oder wenigstens Irrtum des Verkäufers als Grund für die Reszission des Vertrages ansah[8]) und dann die Grundsätze über Anfechtung der Verträge wegen Irrtums und Dolus auf dieses Rechtsinstitut anwandte. Dieses Anfechtungsrecht wegen laesio enormis wurde nun nicht nur dem Verkäufer, sondern auch dem Käufer[9]) gewährt. Konsequentermaßen dehnte man jetzt auch dieses Anfechtungsrecht auf die andern gegenseitigen Verträge aus, da ja in einem solchen Falle jetzt immer die allgemeinen Anfechtungsgründe substituiert werden mußten. Aus praktischen Gründen wurde nur die Geltendmachung bei öffentlichen Versteigerungen ausgeschlossen.[10])

b) Die ädilizischen Rechtsmittel des römischen Rechts fanden ihrer Wichtigkeit für den Marktverkehr wegen auch Aufnahme im gemeinen

---

[8]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen (= R.G.) Bd. 6 S. 153.

[9]) R.G. Bd. 10 S. 126.

[10]) vgl. R.G. Bd. 6 S. 153. — Dieses römische Institut kam über das kanonische Recht, woselbst es in c. 3 u. 6 X, III, 17 Anerkennung fand, in das deutsche Recht und fand in die verschiedenartigsten Stadt- und Landrechte Eingang.

Nach Eiderstädter Landrecht (Esmarch, eod. tit. S. 408 § 111) bestand es für beide Kontrahenten; Ausübungsfrist: 6 Wochen für Immobilien, 1 Woche für Mobilien, vom Kaufabschluß gerechnet. T. III Art. 22 § 4, 26 § 5 u. 6, 51 § 2 u. 3). Ebenso Husumer Stadtrecht. Friedrichstädter Stadtrecht (II 2 tit. 8, 36) erklärt die Partei für nicht verpflichtet aus dem Vertrage. Vgl. Eckernförder Stadtrecht c. 16: „Wer in dem Kauf über die Hälfte übervorteilt ist, der ist denselben nicht zu halten schuldig." Ferner fand die laesio enormis Aufnahme im Münchener Stadtrecht (Art. 330), Hamburger Stadtr. (II 8 Art. 19), Nassau Katzenellenbogener Landordnung (I 4 § 6 bis 11.)

Das allgemeine Landrecht behandelt auch die laesio enormis in I, 11 § 58 bis 69 als Anfechtungsrecht, gewährt dasselbe aber nur dem Käufer. Auch bei Tausch lassen §§ 365 f. l. c. das Anfechtungsrecht wegen l. e. zu.

Code civil gibt es nur dem Grundstücksverkäufer, der weniger als $^5/_{12}$ des Wertes erhalten hat (Art. 1674), kennt es aber nicht beim Käufer oder beim Tausch (Art. 1683, 1706). Das Recht ist unverzichtbar, ausgeschlossen nur bei Vergleichen, gerichtlichen Verkäufen und gewagten Geschäften; Ausübungsfrist: 2 Jahre. Dem französischen Handelsrecht dagegen ist das Recht, ebenso wie dem englischen, unbekannt (Spaeing: Französisches und englisches Handelsrecht im Anschluß an das allgem. deutsche H.G.B., Berlin 1888 Art. 286.)

Der Cod. Max. Bav. IV 3 §§ 19 bis 22 gibt es nur beim Kauf, aber für beide Kontrahenten. Das Bayrische Gesetz vom 10. November 1861 erkennt es nur noch bei Teilungen an.

Das Österreichische B.G.B. gibt im § 934 ein Anfechtungsrecht wegen laesio enormis für alle zweiseitig verbindlichen Geschäfte. Frist zur Geltendmachung 3 Jahre (§ 1487). Das Anfechtungsrecht ist hier verzichtbar und nur bei Kenntnis vom Minderwert und Schenkungsabsicht, ebenso bei Affektionswert ausgeschlossen (§ 935).

Allgemeines deutsches H.G.B. (Art. 286) hebt die laesio enormis für Handelsgeschäfte auf, macht jedoch im Art. 743 für noch während der Gefahr selbst geschlossene Verträge über Berge- und Hilfslohn beim Seehandel eine Ausnahme.

Im Sächsischen B.G.B. und im B.G.B. für das deutsche Reich ist die Anfechtung wegen laesio enormis nicht erwähnt. Hier müssen derartige Geschäfte nach den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach § 138 beurteilt werden.

Recht, welches dieselben noch weiter ausbildete. Die actio redhibitoria, die uns allein hier als Rücktrittsrecht interessiert, wurde, wie im römischen Recht, wegen Sachmängel, die selbst dem Verkäufer unbekannt waren, innerhalb einer Frist von 6 Monaten gegeben. Man ging aber mit dieser actio nicht nur soweit, die gegenseitigen Leistungen mit Akzessionen zurückzufordern, sondern es wurde mit ihr auch Schadensersatz geltend gemacht. Bis zu einem gewissen Grade hatte der Verkäufer dem Käufer dessen Interesse zu prästieren. In der Literatur jedoch ist diese Seite der actio redhibitoria bestritten.[11])

Die Redhibitionserklärung hebt im gemeinen Recht den Vertrag nicht in dem Sinne auf, wie die Rücktrittserklärung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Die Redhibition ist vielmehr nur das Recht, nicht aber die Pflicht des Käufers. Er kann daher noch nach der Erklärung auch gegen den Willen des Verkäufers von der Redhibition abstehen, selbst wenn schon ein rechtskräftiges Urteil auf Redhibition erkannt hätte.[12])

Ob auch die Nebenbestimmungen der actio redhibitoria, nämlich die condemnatio in duplum, die nachträgliche promissio des Verkäufers und das Redhibitionsrecht wegen der „ornamenta" beim Viehverkauf, nicht mit rezipiert worden sind, ist zwar von Windscheid[13]) bestritten, der ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht nicht annehmen will, dem bloßen non usus aber das Rechtsbewußtsein abspricht, ist wohl aber doch mit Dernburg[14]) anzunehmen, da diese Bestimmungen praktisch wertlos, jedenfalls auch von der Praxis nicht anerkannt werden.[15])

3. Ein allgemeines gesetzliches Rücktrittsrecht vom Vertrage kennt das gemeine Recht ebensowenig wie das römische und deutsche Recht. Dies ist ursprünglich der Standpunkt der Wissenschaft wie Praxis. Insbesondere gibt es beim gegenseitigen Vertrage kein Rücktrittsrecht der nichtsäumigen Partei infolge Schuldnerverzugs.[16]) Wie schon im römischen

[11]) Dehn, eod. tit. S. 3; Windscheid II § 393 behauptet, daß auf Interesse von Verkäufer nicht mehr gehaftet wurde. Ebenso Dernburg, Pand. II, § 100.

[12]) vgl. Dernburg, Pandekten Bd. II § 101.

[13]) Windscheid, Pand. II § 263 Anm. 15.

[14]) l. c. § 100 Anm. 6 S. 276.

[15]) Die condemnatio in duplum, wenn Verkäufer dem arbitrium de restituendo des Prätors nicht Folge leistete (l. 45 Dig. XXI 1; s. o. § 2, 4 a. E. mit Anm. 17), war eine Folge des römischen Prozesses und ist im gem. R., das den Satz „omnis condemnatio pecuniaria est" verworfen hat, zum mindesten nicht erforderlich. Windscheid will jedoch den Verkäufer aufs Doppelte verurteilen lassen, wenn er trotz Bereitwilligkeit des Gegenkontrahenten zur Erfüllung bis zum Urteil nicht leistet. — Ebenso ist es mit der nachträglichen Promission des Verkäufers wegen Abwesenheit von Mängeln und mit der actio redh. wegen der „ornamenta" beim Viehverkauf. Windscheid (l. c.) bekämpft auch den herrschenden Satz, daß der Rücknahmeanspruch bei Verkäufen unbedeutender Sachen wegfalle (l. 48 § 8 Dig. XXI 1.)

[16]) R.G. Bd. 17 S. 80: „Dagegen gilt im gemeinen Recht und in den übrigen Landesgesetzgebungen in Deutschland der (scil. dem französischen Recht) entgegengesetzte Grundsatz, nach welchem die Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrages von seiten des einen Teils den anderen nicht berechtigt, nun auch seinerseits die Erfüllung zu verweigern und, wenn er bereits seiner Verbindlichkeit nachgekommen ist, seine Leistung rückgängig zu machen."

Recht erwähnt wurde,[17]) ist nur eine Zurückweisungsbefugnis der verspäteten Leistung seitens des Nichtsäumigen zugestanden, wenn infolge des Verzuges dem Gegner jedes Interesse an der Leistung ermangelt.[18]) Zwar wird dieses Recht in der Literatur sehr häufig Rücktrittsrecht genannt,[19]) und auch das Reichsgericht spricht in seinen Entscheidungen häufig direkt von „Rücktrittsrecht",[20]) doch ist es nicht das vom Bürgerlichen Gesetzbuch mit diesem Ausdruck bezeichnete Recht, welches den Vertrag von Anfang an aufhebt, vielmehr ist es, wie Pauli[21]) sagt, ein Recht, anstatt des vereinbarten Austausches von Ware und Preis dasjenige aus dem bestehenden Vertrage zu fordern, worin das durch die Vertragsverletzung des säumigen Teils beeinträchtigte und somit durch dessen Verschulden veränderte Interesse des nichtsäumigen Teils besteht." Auch hat das Reichsgericht in anderen Entscheidungen deutlich ausgesprochen, daß die vorerwähnte Ausdrucksweise lediglich ein falscher Sprachgebrauch sei.[22])

4. Aber auch die Praxis des gemeinen Rechts kam immer mehr zu der Überzeugung, daß die strenge Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen zu großen Schwierigkeiten führe und dem Rechtsgefühl des Volkes auf das schärfste widerspreche. Dies zeigt sich besonders bei einem Urteil des Appellationsgerichts Celle vom 1. Juli 1871[23]) In einem der Hauptan-

---

[17]) S. oben § 2 Anm. 4.

[18]) Dernburg l. c. II § 41 a. E.; Windscheid l. c. § 280, Anm. 1; R.G. LII. S. 265.

[19]) Regelsberger, „Über das Recht zum Rücktritt vom Kaufgeschäft wegen Verzugs in der Erfüllung" im Archiv für civilistische Praxis Bd. 50 Nr. 2 S. 28.

[20]) R.G. IV, S. 184: „Es waltet aber auch ferner kein Bedenken darüber ob, daß unter den gegebenen Verhältnissen . . . Kläger berechtigt war, im Oktober jenes Jahres wegen der bis dahin nicht geschehenen Erfüllung vom Vertrage zurückzutreten. Eine spätere Erfüllung hatte für ihn keinen Wert. Er durfte also sein Interesse wegen Nichterfüllung des Vertrages beanspruchen."

[21]) Voigt, Neues Archiv für Handelsrecht Bd. 3 1862 Nr. 6; Dr. Alfr. Pauli, „Über das Recht zum sogen. Rücktritt vom Kauf" S. 213 ff. insbes. S. 128.

[22]) R.G. Bd. 10 S. 180: „Wer das Interesse statt der Erfüllung fordert, geht nicht von dem Vertrage ab, als sei derselbe nicht geschlossen; er fordert vielmehr nur einen andern Gegenstand, aber er fordert diesen Gegenstand kraft seines Rechtes aus dem Vertrage. Statt daß er vom Vertrage abgeht, fordert er die Realisierung des Vertrages nur nach einer anderen Richtung, statt des unmittelbaren Vertragsgegenstandes Gewährung des Vermögenswertes, den er gehabt haben würde, wenn der Schuldner den Vertragsgegenstand selbst gewährt hätte."

[23]) Seufferts Archiv Bd. 35 (N.F. 5) Nr. 14: Kläger hatte ein Haus bei geringer Anzahlung mit der Veralredung verkauft, daß der Rest des Kaufpreises in drei Raten vierteljährlich gezahlt werden soll. Beklagter kommt schon mit der Zahlung der ersten Rate in Verzug. Ein vom Kläger deshalb angestrengter Prozeß führt zur Zwangsvollstreckung, die aber erfolglos verläuft. Die nunmehrige Klage mit dem Antrage, das Kaufgeschäft für wieder aufgehoben zu erklären, wird in zweiter Instanz zurückgewiesen; denn Insolvenz des Schuldners und Ungewißheit, wann oder ob überhaupt der Schuldner werde erfüllen können, berechtige keineswegs zum Rücktritt. Die Zahlung der rückständigen Kaufgelder entbehre keineswegs des klägerischen Interesses, mithin sei ein Grund für Zurückweisung der Leistung nicht gegeben. Wenn auch Kläger durch das Gebundensein an den Vertrag in seiner Verfügung über das Grundstück beschränkt sein sollte, so sei dies kein Grund für die jetzige Reszission.

wendungsfälle, wenn nämlich der Käufer mit Zahlung des Preises in Verzug kommt, kann bei strikter Gesetzesauslegung das Rücktrittsrecht nicht gegeben werden, da sich schwerlich der Nachweis führen läßt, daß Geldleistungen, wenn auch verspätet, des Interesses für den Vertragsgegner entbehrten.

In der Einsicht, daß durch solche Gesetzesauslegung die Sicherheit des Verkehrs ins Wanken gerate und der Handel schwer geschädigt würde, begannen die Gerichte, dem Gesetz eine weitere, den Bedürfnissen der nichtsäumigen Vertragspartei mehr Rechnung tragende Auslegung zu geben.

Zuerst berücksichtigte man die Fälle, in denen[24]) „nach dem Willen der Kontrahenten die Vereinbarung einer Erfüllungszeit in Wahrheit eine Bedingung aussprechen sollte, deren Nichteintritt das Geschäft zu einem nicht bestehenden, überhaupt nicht existent gewordenen macht", d. h. die sog. Fixgeschäfte. Man sah davon ab, daß im Vertrage nicht genau der Zeitpunkt der Erfüllung als unerläßliche Bedingung ausgemacht worden war, sondern gab die Zurückweisungsbefugnis auch dann schon, wenn der Verkäufer aus den äußeren Umständen oder der Person des Vertragsgegners sich sagen mußte oder auch nur konnte, daß das Interesse des Kontrahenten nur auf prompte Erfüllung gehen könne, verspätete Erfüllung aber jedes Interesses ermangele. Dies kam hauptsächlich in Betracht bei Lieferungsgeschäften mit marktgängigen, dem Kurse unterworfenen Waren und Staatspapieren. Der Einwand des Gegners, er hätte hierauf aufmerksam gemacht werden müssen, wurde versagt. Diesen Grundsatz spricht das Oberappellationsgericht München in einer Entscheidung[25]) aus: „Es muß schon nach dem Geiste des römischen Rechts, ohne eine neuere Gerichtspraxis zu Hilfe zu nehmen, nach der ausgesprochenen Schadensersatzpflicht des säumigen Kontrahenten und den Grundsätzen über die Interpretation der Verträge und die Geltung der wesentlichen und Haupt-Willensbestimmungen der Kontrahenten angenommen werden, daß da, wo die Natur des Geschäfts dafür spricht, die Versäumung des stipulierten Termins einer Nichterfüllung aus Schuld des Verkäufers gleichzuachten ist und daher zur alleinigen Schadensersatzklage berechtigt."

Schließlich interpretierten die Gerichte die Schadensersatzpflicht des Säumigen, welche allein das Gesetz anerkennt, dahin, daß man in gewissen Fällen das Interesse des Gegners eben gerade darin sah, vom Vertrage abgehen zu können. So wurde bisweilen von der Praxis auch ein direktes Rücktrittsrecht geschaffen.[26]) Die Praxis vermittelte mithin zwischen

---

[24]) Pauli a. a. O. S. 128.

[25]) Seuffert Bd. 11 Nr. 141.

[26]) Dies sprechen viele Entscheidungen der obersten Gerichte in Seufferts Archiv aus, z. B. Bd. 5 Nr. 156 Anm. 1, Bd. 10 Nr. 155, Bd. 11 Nr. 130. Eine Entscheidung des O.L.G. Cassel vom 9. April 1891 (Bd. 47 N.F. Bd. 17 Nr. 101 S. 147) spricht direkt von dem Recht, „einseitig vom Vertrage zurückzutreten". Wichtig ist insbesondere die Entsch. des Reichsgerichts bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 39 S. 450 ff. Diese gibt beim gegenseitigen Vertrage ein Rücktrittsrecht infolge Schuldnerverzugs, „wenn durch das vertrags-

den Verkehrsbedürfnissen und dem dieselben nicht berücksichtigenden Gesetze in ähnlicher Weise wie einst in Rom der Prätor.

§ 5.

4. Das allgemeine Landrecht und die späteren Gesetzbücher.

1. Beim Entwurf des allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten waren den Gesetzgebern die Unbilligkeiten, die in der Praxis durch die Gebundenheit des einen Kontrahenten an den gegenseitigen Vertrag auch selbst für den Fall der Nichtleistung seitens des andern Teils entstanden, nicht unbekannt geblieben. Man suchte Abhilfe zu schaffen und erblickte diese in einem der nichtsäumigen Vertragspartei gegebenen allgemeinen Rücktrittsrechte beim Gegnerverzuge.[1]) Den dagegen geltend gemachten Monita gegenüber verteidigte Suarez in seiner Revisio monitorum diese vom bisherigen Recht weit abgehenden Vorschriften damit, daß sie sowohl den praktischen Bedürfnissen entsprächen sowie auch zur Verringerung der Prozesse beitragen dürften.

Dennoch scheute man aber davor zurück, durch solch weitgehende Konzessionen an die Praxis mit den hergebrachten römischrechtlichen Grundsätzen zu brechen. § 393 I 5 A.L.R. bestimmt daher ausdrücklich als Grundprinzip den Satz des römischen Rechts, daß die verweigerte oder nicht gehörige Erfüllung „in der Regel noch nicht berechtige, vom Vertrage selbst wieder abzugehen“. Es bleibt nur der Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch bestehen.[2]) Ebenso gibt das Gesetz bei verschuldeter Unmöglichkeit und Verzug nur Interesseleistung, nicht Rücktritt.[3])

Das Gesetz konnte jedoch die Forderungen des Verkehrs nicht gänzlich unberücksichtigt lassen. Entsprechend der dem Allgemeinen Landrecht eigenen Kasuistik machte es nun von der obigen als Grundsatz aufgestellten Regel in einzelnen Bestimmungen so viele Ausnahmen, daß Pauli[4]) nicht mit Unrecht behaupten kann: „die Praxis habe von der allgemeinen Regel nachgrade so viel abgeschliffen, daß, wenn auch faktisch die Klage auf Erfüllung, wie es in der Natur der Sache liegt, die Regel bildet, doch der Geltung dieser Regel als gesetzlichen Prinzips der Boden genommen ist.“ So bestimmt z. B. für den Kauf § 229 (I 11), daß bei Käufen beweglicher Sachen unter 50 Rt. der Verkäufer bei Ablauf der für Ab-

widrige Verhalten des Schuldners der angestrebte Vertragszweck vereitelt ist und demnach die Leistung für den Gläubiger das Interesse verloren hat“. Außerdem gibt sie noch Schadensersatzansprüche „des wortbrüchigen Teiles für den dem Mitkontrahenten durch seine Schuld verursachten Schaden“ (S. 453).

[1]) Dies geschah in den §§ 268, 274 des ungedruckten Entwurfs (vgl. hierüber Türcke S. 17).

[2]) § 394 I 5 A.L.R.

[3]) I 5 § 360, I 16 §§ 16 ff. A.L.R.

[4]) a. a. O. S. 124.

holung bestimmten Zeit zum Rücktritt berechtigt sein soll. Ferner gibt § 230 l. c. ein Rücktrittsrecht dem Verkäufer, wenn der Käufer die Zahlung des Kaufpreises bei der Übergabe versprochen hat, jedoch nicht leistet. Ebenso gibt § 938 (I 11) für den Werkvertrag, §§ 48, 49 (II 5) für den Gesindedienstvertrag, § 1001 (I 11) für den Verlagsvertrag Rücktrittsrechte.[5])

Abgesehen von diesen speziellen Fällen gibt das Allgemeine Landrecht noch unter gewissen, allerdings selten eintretenden Bedingungen ein allgemeines Rücktrittsrecht. Zuerst gibt § 349 f. (I 5) demjenigen, der zum Vertragsabschluß durch Betrug verleitet worden ist, das Recht, von dem Vertrage wieder abzugehen oder Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Wenn dies auch in der Literatur als Rücktrittsrecht bezeichnet wird, so ist es genau genommen doch ein Anfechtungsrecht, wie das schon oben[6]) erwähnte Anfechtungsrecht wegen laesio enormis.

Ferner die „Erfindung der Redaktoren des allgemeinen Landrechts", die der Praxis, weil durch ein Bedürfnis nicht erfordert, fremd geblieben ist,[7]) nämlich § 397 l. c. Wird der Weigerungsgrund zur Erfüllung seitens einer Partei gerichtlich untersucht und verworfen, so hat der zur Erfüllung bereite Teil die Wahl, sich mit Schadensersatz zu begnügen oder ganz zurückzutreten. Auch beim Rücktritt gibt § 398 l. c. noch Schadensersatz. Andrerseits versagt aber § 401 ibid. beim Rücktritt des kraft Urteil aus wichtigen Gründen die Leistung Verweigernden jeden Schadensersatz. Außerdem gibt das Gesetz in den folgenden Paragraphen dieses Titels in gewissen Stadien des Prozesses Rücktrittsrechte, teils mit, teils ohne Schadensersatz, die wenig praktisch und sehr künstlich konstruiert sind.

Schließlich geben noch §§ 377 ff. (I 5) ein Rücktritts- oder vielmehr bloß ein Widerrufsrecht wegen veränderter Umstände beiden Parteien, wenn „durch unvorhergesehene Änderung die Erreichung des ausdrücklich erklärten oder aus der Natur des Geschäftes sich ergebenden Endzweckes beider Teile unmöglich gemacht wird." Dieses Abgehen vom Vertrage wegen veränderter Umstände wird in noch vielen anderen speziellen Fällen erwähnt.[8])

Ein einheitliches Prinzip hat mithin das Allgemeine Landrecht bezüglich des Rücktrittsrechts nicht durchgeführt, wenn auch das Gesetz selbst diesem Rechtsinstitut sich schon bedeutend geneigter als die früheren Gesetze zeigte. Es zählt ihn aber unter anderen Auflösungsbefugnissen auf, ohne

---

[5]) Im letzteren Falle gibt § 1006 ibid. auch Schadensersatzansprüche und § 1007 sogar auch Ersatz des entgangenen Gewinns. Es findet sich auch hier schon das auch im B.G.B. zur Geltung gekommene Prinzip der vorherigen Fristsetzung. Denn § 1004 bestimmt, daß bei Verlagsverträgen, welche wegen der Größe und des Umfanges des Werkes oder der kurzen Zwischenzeit bis zur Messe ꝛc. dem Schriftsteller eine zu kurze Zeit zur Vertragserfüllung gewähren, letzterem vom Verleger aufgegeben werden kann, eine Frist zu bestimmen, binnen welcher er erfüllen wolle, widrigenfalls ein Rücktrittsrecht für den Verleger besteht.

[6]) s. oben § 4, 2a, besonders Anm. 6.

[7]) s. darüber Förster-Eccius, Preuß. Privatr. 6. Aufl. 1892 S. 532 Bd. 1 Buch 2 § 87, 4.

[8]) So z. B. §§ 656, 984 (I 11), §§ 48, 248 (I 14), § 33 (I 16), § 376 (I 21), § 14 (II 19) A.L.R.

ihn jedoch streng zu scheiden. Daher kommt es auch, daß oft im Gesetz Rücktritt genannt wird, was eigentlich ganz etwas anderes, z. B. Widerruf oder Anfechtung ist. Diese mangelnde Unterscheidung findet sich dann naturgemäß auch in der Literatur des allgemeinen Landrechts. Ebenso gibt das Gesetz bald den Rücktritt neben Schadensersatz, so daß eines das andere ausschließt, bald erklärt es beides zusammen für zulässig, so daß wir nicht sagen können, daß der Rücktrittsbegriff des B.G.B. sich schon im allgemeinen Landrecht fände.

2. Im Gegensatz zum Allgemeinen Landrecht ging der französische Gesetzgeber, auf altfranzösisches Gewohnheitsrecht fußend,[9]) viel weiter, als es vielleicht der Verkehr erfordert, indem er jeden synallagmatischen Vertrag als unter der auflösenden Bedingung geschlossen erklärt, daß Nichterfüllung seitens eines der Kontrahenten dem andern das Recht gibt, Erfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten und Schadensersatz zu fordern.[10]) Diese Bestimmungen sollen aufs weitgehendste auf Verträge über Leistung und Gegenleistung ausgedehnt werden.[11])

Der Art. 1184 gibt dem Nichtsäumigen das Rücktrittsrecht ohne jede Rücksicht auf verschuldete Nichterfüllung seitens des Vertragsgegners. Allerdings ist durch die die allgemeine Voraussetzung zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bildende Bestimmung des Artikels 1146 auch bei Art. 1184 der Schadensersatzanspruch neben dem Rücktritt nur bei Verzug gegeben,[12]) während, falls nicht Verzug, also kein Verschulden vorliegt, nur die Auflösungsklage ohne Schadensersatz gewährt wird.

Die auflösende Bedingung des Art. 1184 hat aber nicht die kraft Gesetzes eintretende Wirkung des Art. 1183,[13]) sondern sie gibt dem Nicht-

---

[9]) s. v. Kübel a. a. O. Begründung zu Abschnitt I Titel 2 I 3; vgl. R.G. XXVI, 359.

[10]) Code civil Art. 1184: La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas, où l'une de deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans le cas le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie, envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice et il peut être accordé au défendeur un delai selon les circonstances."

[11]) Demolombe, Cours de code Napoléon Bd. 25 S. 473:

„L'article s'applique également à tous les actes, contrats ou autres, qui imposent des obligations corrélatives et réciproques aux parties.

Ce n'est pas, en effet, seulement dans les contrats synallagmatiques, que cette condition doit être considérée comme sous-entendue;

C'est, plus généralement, dans les contrats à titre onéreux et qui sont intéressés de part et d'autre.

[12]) Art. 1146: „Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néansmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer." vgl. R.G. Bd. 1, 57.

[13]) La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

säumigen nur das Recht, Auflösung des Vertrages zu verlangen. Die Auflösung selbst geschieht durch Richterspruch. Dem Richter stellt aber das Gesetz frei, dem Säumigen eine Frist für nachträgliche Erfüllung den Umständen gemäß zu gewähren, also wenn die besonderen Verhältnisse des Vertrages, deren jedesmalige Beurteilung dem Richter obliegt, eine nachträgliche Erfüllung noch zulassen. Bei Fixgeschäften ist mithin wohl das Fristsetzungsrecht des Richters ausgeschlossen. Ausdrücklich im Gesetz wird aber dem Richter nur in Wechselsachen das Fristsetzungsrecht verboten.[14])

Vom legislatorischen Standpunkte aus ist die Regelung des Rücktritts durch den Code civil schwerlich zu billigen. Ganz abgesehen davon, daß diese Konstruktion eine ziemlich willkürliche ist,[15]) muß sie auch, da gleichzeitig mit der Klage auf Aufhebung des Vertrages eine Schadensersatzklage aus dem nunmehr aufgehobenen Vertrage gegeben wird, als wenig logisch[16]) und dem Rücktrittsbegriff unserer Gesetzgebung widersprechend bezeichnet werden. Es ist auch ferner ein solches, fast voraussetzungsloses Rücktrittsrecht vielleicht praktisch nicht sehr vorteilhaft, da es oft für den unverschuldet zur Leistung nicht Fähigen eine außerordentliche Härte darstellen kann, wenngleich sich hierfür das von der richterlichen Einsicht abhängige Fristsetzungsrecht als Milderungsmittel darstellt. Zum Schluß ist auch die Art und Weise der Geltendmachung eine sehr schwerfällige, da der Rechtsgang für den Alltagsverkehr immer etwas sehr Hemmendes ist. Dies zeigt sich besonders dort, wo das Rücktrittsrecht am wichtigsten ist, beim Fixgeschäft.

Diese Auflösungsbefugnis läßt sich ihrer Konstruktion wegen auch nur im Klagewege, nicht aber als Einrede geltend machen,[17]) auch ein nicht unwesentlicher Nachteil.

Bisweilen ist im Code civil bei den einzelnen Verträgen die Auflösungsklage noch besonders hervorgehoben, z. B. Art. 1654.[18])

3. Dieser Konstruktion des französischen Rechts folgten andere ausländische Kodifikationen, so das spanische Gesetz im Art. 1124 [19]) und

[14]) Code de commerce Art. 157: „Les juges ne peuvent accorder aucun délai pour le paiement d'une lettre de change."

[15]) v. Kübel a. a. O.

[16]) s. Pauli im Neuen Archiv f. Handelsrecht Bd. 3 S. 123 ff.

[17]) RG. VI 332, VII 296.

[18]) Art. 1654: „Si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente."

[19]) Código civil español. Art. 1124: „La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento ó la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono des intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame á no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo á los artículos 1295 y 1298 y á las disposiciones de la ley Hipotecaria.

auch das italienische im Art. 1165.[20]) Die Geltendmachung der Auflösung ist auch nur bei Gericht möglich und diesem ein Fristsetzungsrecht gegeben.

4. Das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch ist wieder zur strengeren Auffassung der synallagmatischen Verträge zurückgekehrt. Es hat allgemein für Verträge den Grundsatz ausgesprochen, daß Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung außer bei ausdrücklicher Übereinkunft im Vertrage selbst oder bei den im Gesetz bestimmten Fällen nicht zur Aufhebung, sondern nur zur genauen Erfüllungsforderung berechtige.[21])

Dieses Gesetzbuch hat auch keinen feststehenden Sprachgebrauch, sondern bezeichnet als Rücktritt noch andere weit verschiedene Rechte, so insbesondere in § 865.[22])

5. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863 steht auch wieder auf dem Standpunkte der österreichischen Gesetzgebung, wie deutlich aus dem § 864 hervorgeht.[23]) Nur § 865[24]) gibt bei Fixgeschäften, die als solche aus dem Inhalte des Vertrages oder aus den Verhältnissen, namentlich aus der Beschaffenheit des Gegenstandes, zu erkennen sind, ein Rücktrittsrecht. Gesetzliche

---

[20]) I Codici d'Italia Art. 1165: „La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.

In questo caso il contratto non è sciolto di diritto. La parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta o di costringere l'altra all' adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambidue i casi.

La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente, e può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circonstanze."

[21]) § 919: „Wenn ein Teil den Vertrag entweder gar nicht oder nicht zu der gehörigen Zeit, an dem gehörigen Orte oder auf die bedungene Weise erfüllt, so ist der andere Teil außer den im Gesetz bestimmten Fällen oder einem ausdrücklichen Vorbehalte nicht berechtigt, die Aufhebung, sondern nur die genaue Erfüllung des Vertrages und Ersatz fordern."

[22]) Hier ist der Widerruf des § 109 B.G.B. für das Deutsche Reich seitens des einen Kontrahenten bei dem mit einem Minderjährigen abgeschlossenen Vertrage vor erfolgter Genehmigung des gesetzlichen Vertreters des Gegenkontrahenten auch Rücktritt genannt.

[23]) § 864: „Man kann nicht einseitig von einem Vertrage zurücktreten und dessen Erfüllung verweigern, weil der Gegner noch nicht erfüllt hat, oder die Umstände, unter welchen der Vertrag geschlossen worden ist, sich geändert haben oder Leistung und Gegenleistung in einem Mißverhältnisse zu einander stehen, ausgenommen wenn eine besondere Verabredung oder gesetzliche Bestimmung dazu berechtigt."

[24]) § 865: „Ist ein Vertrag nach seinem Inhalte oder nach der aus den Verhältnissen, namentlich aus der Beschaffenheit des Gegenstandes zu entnehmenden Absicht der Vertragschließenden darauf gerichtet, daß die Leistung zu einer bestimmten Zeit, weder früher noch später, oder bis zu einer bestimmten Zeit und nicht später erfolgen soll, so gibt die Nichterfüllung des Vertrages zur bestimmten Zeit dem anderen Teile das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten und das etwa Geleistete zurückzufordern." Der Rücktritt hier ist aber nur ohne Schadensersatz gewährt, es ist also ein Rücktritt im Sinne unseres Bürgerlichen Gesetzbuches (s. Anm. zu § 865 in Dr. Magnus Pöschmanns Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen Bd. 2 S. 131.)

Fiktionen, welche den Beweis des Fixgeschäftes bei den einzelnen Verträgen erleichtern sollen, geben die §§ 1192 und 1233.[25])

6. Den entscheidenden Schritt bezüglich des gesetzlichen Rücktritts tat das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, das sich von den bisherigen zu engen Anschauungen losrang, ohne aber der zu weit gehenden französischen Theorie zu folgen. Bezeichnend für die Wichtigkeit des gesetzlichen Rücktrittsrechts ist jedenfalls, worauf auch schon im römischen Rechte aufmerksam gemacht wurde,[26]) daß die Ausbildung des Rücktritts wieder dort erfolgte, wo am meisten den Verkehrsrücksichten und praktischen Bedürfnissen Rechnung getragen wird, beim Handelsrecht, und zwar beim Kauf.

Der Artikel 250 des Entwurfs zum allgemeinen Handelsgesetzbuch:

> „Wenn bei einem zweiseitigen Vertrage, welcher von seiten eines oder von seiten beider Teile ein Handelsgeschäft ist, einer der Kontrahenten mit der Erfüllung im Verzuge ist oder nicht vertragsmäßig erfüllt, so hat der andere Teil die Wahl, entweder jenen zur Erfüllung des Vertrages und zur Entschädigung wegen der verzögerten Erfüllung anzuhalten oder bei Gericht die Aufhebung des Vertrages und Schadensersatz zu fordern"

stand noch vollständig auf französischem Standpunkte, wie auch der Artikel 251, der von der auflösenden Bedingung handelt, deutlich ausspricht.[27])

Hiergegen wurden dieselben Bedenken[28]) geltend gemacht, die oben beim französischen Rechte schon angeführt worden sind, und die Kommission zur Abfassung des Handelsgesetzbuches beschloß daher, die Artikel 250 ff. ganz wegzulassen.[29]) Dafür kamen die Artikel 354 und 355 in das Handelsgesetzbuch.

Art. 354: „Wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Ware noch nicht übergeben ist, so hat der Verkäufer die Wahl, ob er die Erfüllung des Vertrages und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen oder ob er statt der Erfüllung die Ware unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 für Rechnung des Verkäufers verkaufen und Schadensersatz fordern oder ob er von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre."

Hier ist Voraussetzung des Rücktritts immer die Schuld des säumigen Kontrahenten. Denn er ist nur bei Verzug zugelassen, d. h. „wenn der Schuldner die fällige Leistung schuldhaft unterlassen hat".[30]) Der Ver-

---

[25]) § 1192 bei Pacht und Miete, § 1233 beim Dienstvertrag. Verzug und verschuldete Unmöglichkeit berechtigen im sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuche nur zum Schadensersatz (s. §§ 740, 721 l. c.).

[26]) s. oben § 2, 3b.

[27]) Art. 251: „Wird der Vertrag aufgehoben, so hat jeder Teil dem anderen das bereits Geleistete zurückzugewähren; es tritt das Verhältnis ein, als wenn dem Vertrage eine auflösende Bedingung beigefügt wäre."

[28]) Pauli a. a. O. S. 123 ff.

[29]) Protokolle S. 529—607.

[30]) Dr. H. Staub, Kommentar zum A. D. H.G.B. 5. Aufl. 1897 Art. 354 § 2.

käufer kann aber weder entgangenen Gewinn noch auch den ihm positiv erwachsenen Schaden, z. B. Transport-, Lagerkosten usw., geltend machen.[31]) Diese Konstruktion legte die dritte Lesung des Handelsgesetzbuches endgültig fest. Der Vertrag gilt als vollständig aufgehoben und es können daher keiner Partei Schadensersatzansprüche gewährt werden.[32]) Damit ist der jetzige Rücktrittsbegriff festgelegt.

Für den Käufer gab der Art. 355 ein Rücktrittsrecht: „Wenn der Verkäufer mit der Übergabe der Ware im Verzuge ist, so hat der Käufer die Wahl, ob er die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen oder ob er statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre." Auch hier ist Verzug, d. h. Fälligkeit und schuldhafte Unterlassung der Lieferung, Rücktrittsvoraussetzung.[33])

Da der Text des Handelsgesetzbuchs dieses Recht nicht direkt als Rücktritt bezeichnet, sondern nur vom „Abgehen vom Vertrage" spricht, werden in der Literatur zum Handelsgesetzbuche auch noch andere Auflösungsbefugnisse als Rücktrittsrecht bezeichnet, die nur den Namen Kündigungsrechte verdienen und unter den Rücktrittsbegriff nicht passen. So das im Art. 62 beim Dienstvertrage gegebene Kündigungsrecht ohne Kündigungsfrist.[34])

---

[31]) Reichsoberhandelsgerichtsentsch. XVII S. 423; Staub a. a. O. § 30.

[32]) 559. Sitzung, Protokolle S. 4593.

[33]) Staub a. a. O. Art. 355 §§ 5 ff.

[34]) „Die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit (Art. 61) kann aus wichtigen Gründen von jedem Teile verlangt werden." Staub a. a. O. Art. 61 § 1 bezeichnet dies als Rücktrittsrecht und prüft hier die Streitfrage, ob die Rücktrittserklärung den Vertrag aufhebt oder erst Richterspruch. Er entscheidet sich aus dem Wortlaute des Gesetzes („kann verlangt werden") für das letztere. Daneben soll noch das allgemeine freie Rücktrittsrecht des A.L.R. (§ 408, I 5) beim Vertrage über Handlungen gelten, bei welchem schon die Erklärung den Vertrag aufhebt, auch Entschädigungsansprüche zugelassen sind. Die Rechtmäßigkeit des Rücktritts soll sich aber auch hier nach H.G.B. bestimmen (Art. 62 Abs. 2: „Die Beurteilung der Wichtigkeit der Gründe bleibt dem Ermessen des Richters überlassen." [Staub Einl. Nr. 4 zu Art. 62.])

II. Das gesetzliche Rücktrittsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 6.

1. Begriff des Rücktrittsrechts.

1. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich die Erfahrungen der früheren Kodifikationen zu nutze gemacht und das für die modernen Verhältnisse und den jetzigen Verkehr am brauchbarsten und zweckmäßigsten Erscheinende in gesetzliche Form gekleidet. Dies gilt, wenn schon bei anderen Rechtsinstituten, so besonders beim Rücktrittsrechte. Aus den bisherigen Streitigkeiten und den Unklarheiten, die sowohl in Gesetzestexten wie in Literatur über den Rücktrittsbegriff herrschten, hat man bei den Vorarbeiten des Bürgerlichen Gesetzbuchs den Schluß ziehen müssen, daß dieses Rechtsinstitut eine einheitliche Regelung erfordere. Zum ersten Male hat das Gesetz die Bezeichnung Rücktritt für einen genau bestimmten, von den bisher unter denselben Namen subsumierten verschiedenen abweichenden Rechten scharf zu sondernden Rechtsbegriff gebraucht und somit dieser Bezeichnung die Natur eines Sammelbegriffs genommen. Von diesem Gesichtspunkte erfuhr die Ausbildung dieses Rechtsinstituts eine derartig sorgfältige Beachtung, daß Stammler[1]) durchaus das Richtige trifft, wenn er die Lehre vom Rücktritt als „eine Art Lieblingslehre unseres Gesetzbuchs" bezeichnet. Diese sorgfältige Ausbildung wurde nicht nur dem vertragsmäßigen Rücktritt zuteil, sondern auch dem gesetzlichen, und zwar gerade dadurch, daß das Gesetz die Vorschriften für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht für entsprechend anwendbar auf das gesetzliche Rücktrittsrecht erklärt. Durch diese Bestimmung ist der Abschluß des Rücktrittsbegriffes gegeben. Sie ist für das gesetzliche Rücktrittsrecht bedeutend wichtiger wie für das vertragsmäßige. Denn sie regelt die Wirkungen des ersteren ausschließlich, während bei letzterem die gesetzlichen Vorschriften nur subsidiär gelten können. Es bleibt den Parteien natürlich unbenommen, über Ausübung und Rückgewähr bei dem vertraglich vorbehaltenen Rücktrittsrechte für jeden Fall ihre eigenen Normen sogar unter Ausschluß der gesetzlichen festzusetzen. In dieser Arbeit soll aber das vertragsmäßige Rücktrittsrecht keine besondere Berücksichtigung finden.

---

[1]) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse 1897 S. 129.

2. Als Grundbegriff für den Rücktritt war, was schon im Worte selbst liegt, die Auflösung des Vertragsverhältnisses, von dem zurückgetreten werden soll, gegeben oder ein dieser gleichkommendes Unwirksamwerden der Vertragspflichtungen. Wie die Auflösung sich gestalten sollte, darüber herrschte lebhafter Streit. Man war besonders darüber zuerst im Zweifel, ob der Vertrag vollkommen wegfallen solle, ohne noch irgendwelche Wirkungen äußern zu können, oder ob er bestehen bleiben und nur ein Recht zur Erfüllungsverweigerung gegeben werden solle. Es wurden Vorschläge gemacht, das Rücktrittsrecht genau dem französischen Rechte nachzubilden,[2] während andere wieder den Standpunkt des gemeinen Rechts festgehalten wissen wollten; die Auflösung sollte richterlichem Ermessen überlassen bleiben, nach anderen aber ohne weiteres durch einseitige Erklärung erfolgen. Aus diesem Widerstreite der Meinungen heraus entschloß man sich, den Rücktrittsbegriff im Gesetze überhaupt nicht auszusprechen,[3] wie ja überhaupt das Gesetz Begriffsbestimmungen stets fast ängstlich zu vermeiden sucht. Es sollte der Literatur und Rechtsprechung überlassen bleiben, aus den materiellen Bestimmungen über den Rücktritt sich den Begriff herauszuschälen. Daher ist der Begriff nur aus der Entstehungsgeschichte und den gesetzlichen Bestimmungen über Ausübung und Wirkung zu entnehmen.

3. Die Grundidee, welche dem Gesetze beim Rücktritt vorschwebt, bildete schon in der allerersten Zeit den Gegenstand der Beratungen über das Bürgerliche Gesetzbuch. Sie ist im § 57 der Zusammenstellungen der beschlossenen Bestimmungen des Obligationsrechts zu finden.[4]) Nach ihr sollte der Rücktritt die Beteiligten in die Lage versetzen, als ob der Vertrag nicht geschlossen sei. Der erste Entwurf[5]) wollte durch die Rücktrittserklärung eine unverjährbare Einrede gegen den Anspruch des Vertragsgegners begründen und gleichzeitig die persönliche Verpflichtung der beiden Kontrahenten auf Zurückversetzung in die Lage, als ob der Vertrag gar nicht geschlossen wäre. Diese Konstruktion wählte man, weil man besorgte, der Rücktritt müßte dingliche Wirkungen haben, falls mit seiner Erklärung der ganze Vertrag aufgehoben würde. Einer einseitigen Erklärung einer Vertragspartei wollte man jedoch nicht derartig wichtige rechtsändernde Konsequenzen beimessen. Die Ablehnung der dinglichen Wirkung war schon in den Protokollen erster Lesung[6]) ausgesprochen, da „die Sicherheit des Verkehrs gebiete, die Konsequenzen der Resolutivbedingung tunlichst fernzuhalten“.

Demgegenüber machen die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung geltend,[7]) daß „das Fortbestehen des Vertrages und die gleich-

---

[2]) vgl. Protokolle zum Entwurf für die 1. Lesung eines B.G.B. (Prot. I) 78. Sitzung S. 622 ff.

[3]) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Prot. II) Bd. 6 S. 158.

[4]) Prot. I, 125. Sitzung S. 1138.

[5]) Entw. I § 427; Motive Bd. 2 S. 280 ff.

[6]) 78. Sitzung S. 623.

[7]) Prot. II Bd. 1 S. 788.

zeitige Verpflichtung zur Rückgewähr, als ob der Vertrag nicht bestehe, ein Widerspruch sei. Es sei keineswegs diese Konstruktion nötig, um einer dinglichen Wirkung, wie sie eine Resolutivbedingung bei einem Vertrage habe, aus dem Wege zu gehen. Denn durch die Rücktrittserklärung würde nur das Schuldverhältnis, das Kausalgeschäft, aufgehoben. Hiermit träten aber keine dinglichen Wirkungen ein. Die auf Grund des Kausalgeschäfts erfolgten dinglichen Veränderungen bleiben auch nach der Rücktrittserklärung bestehen, es entstehe nur für die Vertragsparteien die Verpflichtung, durch entgegengesetzte Rechtsgeschäfte diese zu beseitigen."

Zuerst wich trotz dieser Erwägungen die Kommission von der Konstruktion des ersten Entwurfs nicht ab. Erst später sah man ein, [8]) daß die zweite Ansicht den Vorzug verdiene, und so wurden die Bestimmungen des Entwurfs durch die jetzigen des Bürgerlichen Gesetzbuchs ersetzt.

4. Über den Rücktritt enthält das Gesetzbuch nur die Bestimmungen der §§ 346 bis 356. Es sagt in § 346, daß die Parteien, „wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet sind, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Für geleistete Dienste sowie für die Überlassung der Benutzung einer Sache ist der Wert zu vergüten oder, falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten". Es ist wiederholt in den Vorarbeiten und wird auch besonders noch in der Denkschrift ausgesprochen, [9]) daß durch diese Vorschriften „jeder Teil, obschon nur auf obligatorischem Wege, tunlichst in die gleiche Lage zurückversetzt werden soll, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre". Daraus folgt, daß die Rücktrittserklärung den Vertrag von Anfang an aufhebt und an seine Stelle die gegenseitige Verpflichtung der Vertragsparteien stellt, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. [10]) Es treten durch die Rücktrittserklärung mithin keinerlei dingliche Wirkungen ein. Die durch die Vertragserfüllung bewirkten dinglichen Veränderungen müssen auf obligatorischem Wege wieder beseitigt werden.

5. Es empfiehlt sich aus praktischen Gründen, den Rücktrittsbegriff, zu dem man erst nach Prüfung aller anderen bisher und manchmal auch noch jetzt mit ihm identifizierten Aufhebungsrechte einer Vertragspartei gelangt, schon jetzt vorweg zu nehmen. Die hier aufgestellte Begriffsbestimmung ist sehr umfangreich, jedoch erfolgt diese umständliche Definition mit Absicht, da in ihr alle in Betracht kommenden Unterscheidungsmerkmale zum Ausdruck kommen sollen.

---

[8]) Prot. II Bd. 6 S. 158.

[9]) Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs S. 52.

[10]) Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche (1898), macht darauf aufmerksam, daß nicht nur die Entstehungsgeschichte, sondern auch der Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuchs den oben dargestellten Rücktrittsbegriff ergeben. Eine Einrede gebe der Gesetzgeber mit dem Rücktrittsrechte nicht, denn dies tue er nur, wenn besondere wichtige Gründe vorliegen, und dann bezeichne er immer das Recht direkt als „Einrede" oder gebrauche die Bezeichnung „der Schuldner ist die Leistung zu verweigern berechtigt" (z. B. § 222 B.G.B.). Beides ist aber hier nicht der Fall (Vorbem. zu § 346 ff.).

Das in dieser Arbeit zu besprechende Rücktrittsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs stellt sich dar als

> die durch gesetzliche Bestimmung[11]) bei einem gegenseitigen[12]) Vertrage gegebene Befugnis, durch einseitige[13]) empfangsbedürftige Willenserklärung der einen Vertragspartei aus Gründen, die in der Leistung des anderen Teils[14]) aber nach erfolgtem Vertragsabschluß[15]) liegen, den vollgültigen und wirksamen[16]) Vertrag mit rückwirkender Kraft und für die Zukunft[17]) mit der Wirkung aufzuheben, daß jeder Anspruch aus dem Vertrage erlischt und an die Stelle des aufgelösten Vertrages ein neues gegenseitiges Schuldverhältnis auf Rückgewähr der bereits erfolgten Leistungen nach den für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356[18]) tritt, so weit nicht **im Gesetz hiervon Ausnahmen**[19]) gemacht sind.

Wenn auch das Bürgerliche Gesetzbuch dieses Recht im § 355 ausdrücklich als Rücktritts„recht" bezeichnet, so ist es doch kein Recht im Sinne des § 194, d. h. kein Anspruch, sondern nur eine Befugnis, „Ermächtigung (facultas)".[20]) Es gibt mithin bei dem Rücktrittsrecht keine Nebenrechte. Daher kann das Rücktrittsrecht nicht durch Bürgschaft oder Pfandbestellung gesichert werden. Es kann auch nicht verjähren, da nur Ansprüche der Verjährung unterliegen, wohl aber ist die Bestimmung einer Präklusivfrist für seine Geltendmachung möglich.[21]) Die aus dem Rücktrittsrecht hervorgehenden Ansprüche auf Rückgewähr unterliegen natürlich der Verjährung, ebenso wie die dem Rücktrittsrecht zugrunde liegenden Rechte. Von letzteren ist auch das Rücktrittsrecht abhängig. Gehen diese zugrunde oder entstehen sie gar nicht, z. B. wird der gegenseitige Vertrag vollständig erfüllt, oder ist er von Anfang an nichtig oder wird er schließlich mit Erfolg angefochten, so ist auch kein Rücktrittsrecht gegeben. Mit dem zugrunde liegenden Rechte geht das Rücktrittsrecht auch auf die Rechtsnachfolger über.

---

[11]) Gegensatz des im Vertrage vorbehaltene Rücktrittsrecht.

[12]) Nicht bei einseitigen Verträgen. s. darüber § 10 und § 13 der Arbeit

[13]) Gegensatz: Wandlung S. 94 § 15, A. II B. und contrarius consensus § 7, I.

[14]) Dies ist bei der Kündigung oft nicht erforderlich. z. B. Kündigung des Dienstvertrags aus „wichtigem Grunde" § 626 B.G.B.

[15]) Gegensatz: Anfechtung § 7, V. Eine Ausnahme von dieser Regel besteht jedoch für den Verkauf von Forderungen (s. § 15).

[16]) Gegensatz: Aufschiebende Bedingung § 7, I.

[17]) Gegensatz: Kündigung § 7, III und bisweilen auch Widerruf l. c. IV.

[18]) Gegensatz: Widerruf § 7, IV.

[19]) § 327 S. 2; darüber s. § 11 C.

[20]) Oertmann, Recht der Schuldverh. 1899 S. 88 Vorb. 3 zu § 346.

[21]) Im Gegensatz zum Rücktrittsrecht ist die Wandlung ein Anspruch und somit der Verjährung unterworfen (§ 477 B.G.B.). — Eine Präklusivfrist für Geltendmachung des Rücktritts bestand im § 432 des ersten Entwurfs. Etwas ähnliches ist jetzt der von die Vertragspartei gesetzte Frist aus § 355 B.G.B.

§ 7.

2. Abgrenzung von anderen Aufhebungsrechten.

Eine genaue und bis ins einzelne gehende Unterscheidung und Abgrenzung von anderen ähnlichen Rechten, welche Aufhebung der Verträge zur Folge haben, ist unerläßlich, und zwar um so mehr, als nicht nur in älteren Kodifikationen und in der früheren Literatur, sondern sehr häufig auch noch jetzt in der Literatur ganz widersprechende Rechte, wenn sie nur die Vertragsaufhebung oder auch nur -änderung bewirken, mit dem Sammelbegriff „Rücktrittsrecht“ bezeichnet werden. Im Verlaufe der Darstellung dieses Paragraphen werden wir häufig Beispiele finden, in denen selbst Kommentare und Lehrbücher des neuen bürgerlichen Rechts entweder ungenau oder in Verkennung des hier besprochenen Rechts dort von Rücktrittsrechten sprechen, wo von einem derartigen Rechte gar nicht die Rede sein kann. Da aber das Bürgerliche Gesetzbuch auch bei diesem Rechte seinem Prinzipe, verschiedene Dinge nicht mit dem gleichen Namen zu bezeichnen, treu geblieben ist, ist auch folgerichtig in der Literatur scharfe Unterscheidung geboten. Deshalb mußte in diesem Paragraphen auch auf einzelne Gesetzesbestimmungen eingegangen werden, um entstehenden Zweifeln vorzubeugen oder schon entstandene richtig zu stellen.

I. Deutlich ersichtlich sind die Unterschiede zwischen Rücktritt und contrarius consensus sowie aufschiebender und auflösender Bedingung. Bei ersterem ist nicht eine gesetzliche Bestimmung oder eine auf einer solchen beruhende einseitige Erklärung der Aufhebungsgrund, sondern gegenseitiges Übereinkommen der Vertragsparteien.

Die aufschiebende Bedingung läßt anfänglich eine Wirkung des Vertrages bis zum Eintritt der Bedingung g a r n i c h t eintreten.[1]) Wird die Bedingung nicht erfüllt, so liegt ein wirksamer Vertrag gar nicht vor. Das Rücktrittsrecht ist aber ein Auflösungsrecht eines gültigen und wirksamen Vertrages.

Anders ist es bei der auflösenden Bedingung. Tritt diese in Geltung, so wird der Vertrag ipso iure aufgelöst, „mit diesem Zeitpunkte tritt der frühere Rechtszustand wieder ein“. (§ 158 Abs. 2 Halbs. 2 B.G.B.) Von dem Augenblicke des Eintritts der Bedingung schwinden die durch den resolutiv bedingten Vertrag begründeten dinglichen Rechte und die vor dem Vertragsabschluß bestehenden leben wieder auf. Wollten die Vertragsparteien jedoch die Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen wissen, so bleibt es bei der dinglichen Wirkung vom Eintritt der Bedingung ab, während die aus dem fingierten früheren Eintritte resultierenden Ansprüche auf Wiederherstellung des vorher bestehenden Zustandes nur persönlicher Natur sind (§ 159 B.G.B.). Der Rücktritt hebt dagegen den Vertrag immer von Anfang an auf, während die Wiederherstellung des

---

[1]) vgl. Planck Anm. 2 zu § 158 (Bd. 1. S. 204).

früheren Zustandes auf obligatorischem Wege erfolgt. Es tritt keinerlei dingliche Wirkung ein.

II. Ebenso offenkundig ist der Unterschied zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Der Anspruch auf diesen Schadensersatz entspringt aus dem Vertrage. Er wird mit der Vertragsklage geltend gemacht. Der Schadensersatzanspruch tritt an die Stelle des Erfüllungsanspruches, der aus irgend einem Grunde — meistens Unmöglichkeit der Erfüllung — weggefallen ist. Der Schadensersatz soll dazu dienen, möglichst den Zustand herzustellen, als wenn es zur vollständigen Vertragserfüllung gekommen wäre, wenn nicht durch Hingabe der geschuldeten Leistung, so doch event. deren wirtschaftlichen Äquivalents in Geld oder des positiven Vertragsinteresses (§§ 249 ff. B.G.B.). Die Wirkung des Rücktrittsrechts ist gerade die entgegengesetzte. Nicht die Herstellung des Erfüllungszustandes, sondern die des Zustandes, als ob es überhaupt nicht zum Vertragsschluß gekommen wäre, bezweckt der Rücktritt.

Die allgemeinen Vorschriften über Verträge betreffend Verzug und Unmöglichkeit der Leistung (§§ 280, 286 B.G.B.) geben mithin kein Rücktrittsrecht. Wenn auch der letzte Satz des zweiten Absatzes in beiden Paragraphen die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht der §§ 346 bis 356 entsprechende Anwendung finden läßt, so macht er das hier gegebene Recht gleichwohl nicht zum Rücktrittsrechte. Diese Bestimmung will nur die Art und Weise der Rückgewähr des schon teilweise Geleisteten seitens des Gläubigers und des Schadensersatzes seitens des Schuldners nach den strengen Rücktrittsgrundsätzen regeln. Dies ergibt sich „aus den im übrigen in beiden Fällen gleichen Verhältnissen“.[2]) Auch die Motive ziehen den vorgeschilderten Unterschied sehr scharf. Wenn Cosack im Falle des § 280 Abs. 2 ein Rücktrittsrecht geben und im Falle des § 283 eine Befugnis des Gläubigers zum Rücktritt stillschweigend im Gesetze ausgesprochen sehen will,[3]) so entbehrt dies der gesetzlichen Grundlage.

Aus diesen Gründen gehören auch alle anderen Fälle, in denen das Gesetz einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gibt, nicht in diese Arbeit.[4])

III. Durchgreifend ist auch der Unterschied, den das Bürgerliche Gesetzbuch zwischen der Kündigung und dem Rücktritt macht. Wir müssen

---

[2]) Motive Bd. 2 S. 52—53.

[3]) Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts 2. Aufl., Jena 1900, Bd. 1 § 100, 2b S. 338; die neueste (4.) Auflage (1903) hat dies richtiggestellt (§ 99 II, 3b S. 352). Diese Bemerkung findet sich auch bei anderen Schriftstellern. So z. B. erklärt Endemann in seinem Lehrbuch des bürgerl. Rechts (9. Aufl. 1903): „Der Gläubiger tritt damit vom Vertrage zurück, behält aber den Anspruch auf Schadensersatz.“ Als Beweis für diesen Satz führt er in Anm. 3 die §§ 286 Abs. 2 und 280 Abs. 2 an (Bd. 1. § 138, 1 S. 782). Ebenso spricht Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899), im § 46, I S. 299 von dem „in §§ 280, II, 286, II ... bestimmten“ Rücktrittsrecht.

[4]) Diese Fälle sind die §§ 440 Abs. 2—4, 463, 480 Abs. 2, 523 Abs. 2, 524 Abs. 2 S. 2 und 538. Über den Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus den §§ 325, 326 s. § 12 der Arbeit.

uns bei den einzelnen Fällen, in denen das Gesetz von Kündigungsrecht spricht, nur immer vor Augen halten, daß der Rücktritt den Vertrag von Anfang an aufhebt, so daß irgendwelche Vergütung oder ein Schadensersatzanspruch aus dem Vertrage nicht mehr geltend gemacht werden kann, und prüfen, ob dies auch in den Fällen der Kündigung zutrifft.

a. Kein Rücktrittsrecht ist daher das gesetzliche Kündigungsrecht, wiewohl hierfür noch die Motive und der erste Entwurf die Bezeichnung „Rücktritt für die Zukunft" haben, in manchen Fällen auch direkt vom „Rücktritt" sprechen.[5]) Denn die Kündigung hebt nicht den Vertrag auf. Sie setzt nur dem Fortbestehen ein Ende. Ein Schadensersatzanspruch kann aus dem beendeten Vertrage geltend gemacht werden und ebenso der Anspruch auf Vergütung. Es scheiden somit alle Fälle des gesetzlichen Kündigungsrechts von der Betrachtung aus. Nur bei einigen muß noch eine genauere Besprechung erfolgen.[6])

b) Das in § 649 beim Werkvertrage dem Besteller gegebene Recht, jederzeit den Werkvertrag bis zur Vollendung des Werkes kündigen zu dürfen, ist denselben Grundsätzen unterworfen, wie unter a entwickelt. Das Gesetz gibt dem Unternehmer noch den Anspruch aus dem früher bestehenden Vertrage, ein deutlicher Fingerzeig für die nicht erfolgte Aufhebung von Anfang an. Wenn daher Endemann in seinem Lehrbuch[7]) von gesetzlichem Rücktrittsrechte spricht, so ist das mit den Worten des Gesetzbuchs nicht in Einklang zu bringen. Ebenso fällt das in § 626 beim Dienstvertrage jeder Partei gegebene fristlose Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde hier weg, denn § 628 läßt auch hier die Vertragsansprüche bestehen.[8])

c) Es könnte die Frage aufgeworfen werden, ob nicht § 643 B.G.B. ein gesetzliches Rücktrittsrecht, nicht Kündigungsrecht, gibt, zumal das Gesetz ausdrücklich erklärt, der Vertrag gelte „als aufgehoben" und da auch solche Verlangen, das Recht zum Rücktrittsrechte zu machen, an den Gesetzgeber nach der zweiten Lesung gestellt wurden.[9]) § 645 Abs. 1 S. 2 lehrt aber, daß es sich hier auch um ein wirkliches Kündigungsrecht handelt, da er Ansprüche auf Vergütung für die verflossene Zeit gibt; der Vertrag wird mithin nur für die Zukunft aufgelöst.

---

[5]) Als Beispiel für die erste Bezeichnung mögen die §§ 528, 529 Entwurf 1 gelten, als solches für die letztere der § 578 (der jetzige § 649 B.G.B.).

[6]) Die ausscheidenden Fälle sind: Die Kündigung des Auftrags (§ 671), Darlehns (609), Dienstverhältnisses (620 u. 1358), der Gemeinschaft (749), Gesellschaft (712 u. 723), Leihe (605), Miete (564 ff.), Pacht (595), Hypothek (1141), Grundschuld (1193), Rentenschuld (1202), des Nießbrauchs (1056 u. 1074), der Erbengemeinschaft (2042 ff.) und des Testamentsvollstreckers (2226).

[7]) Endemann 6. Aufl. Bd. 1, S. 658 § 148 I. In der 9. Aufl. ist dieser § 649 nicht erwähnt (s. S. 850).

[8]) Über diese Gesetzesbestimmungen vgl. später die speziellen Abhandlungen der §§ 16 u. 18 dieser Arbeit.

[9]) Abänderungsvorschläge zu § 579 Abs. 7 des Entwurfs zweiter Lesung vom niederrheinischen Bezirksverein deutscher Ingenieure (Dr. Cretschmar) S. 144.

d) Sehr bestritten und mindestens sehr zweifelhaft, wenn nur ungenaue Ausdrucksweise vorliegen sollte, ist jedoch in der Wissenschaft, ob im § 542 ein gesetzliches Rücktrittsrecht gegeben werde. Endemann zählt es in der 6. Auflage seines Lehrbuchs unter den gesetzlichen Rücktrittsrechten auf, ebenso Ebert bei Fischer-Henle in der zweiten Auflage der Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs; Oertmann, Stammler und Schollmeyer [10]) sprechen direkt von Rücktritt.

Der dem jetzigen § 542 B.G.B. entsprechende § 529 des ersten Entwurfs sprach von einem „Rücktritt für die Zukunft“. Hierfür setzte die zweite Kommission „Kündigung“ ein. In der Meinung, daß infolge der neuen Bezeichnung kein Zweifel über den Inhalt des Rechts entstehen könne, strich sie eine gesetzliche Bestimmung, die den Unterschied dieses Rechts vom Rücktritt ausdrücklich hervorhob, als selbstverständlich. [11]) Aber auch jetzt gibt das Bürgerliche Gesetzbuch noch ausdrücklich einen Schadensersatzanspruch. Es liegt also zweifellos ein wirkliches Kündigungsrecht, nicht Rücktritt, vor. [12]) Eben deshalb fällt auch das Kündigungsrecht wegen Gesundheitsgefährlichkeit der Räume (§ 544) und das in den §§ 553, 554 dem Vermieter gegebene Kündigungsrecht fort, wenn auch § 555 die Rückgewähr des vorausbezahlten Mietzinses nach Rücktrittsgrundsätzen erfolgen läßt analog zu §§ 280, 286 Abs. 2. [13]) [14])

---

[10]) Endemann (6. Aufl.) Bd. 1 S. 658 148, 1 e. In der neuesten (9.) Auflage (Bd. 1 § 148 c S. 850) ist der § 542 ausgeschieden, jedoch gleichwohl im Text gesagt, daß beim Kündigungsrecht des Mieters durch gesetzliche Vorschrift ein Rücktrittsrecht gegeben sei. Ebert bei Fischer-Henle Anm. 1 zu § 346 S. 163. Die dritte und folgenden Auflagen dieser Handausgabe haben jedoch diese Bemerkung gestrichen. Oertmann Anm. zu § 542 S. 262, Stammler S. 839; Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldv. 1897 § 5 IV 3 S. 50.

[11]) Prot. II Bd. 2 S. 514. Die Bestimmung lautete: „Neben dem Rücktrittsrecht bleibt dem Mieter das Recht auf Nachlaß am Mietszins und auf Schadensersatz für die Vergangenheit vorbehalten.

[12]) § 543 erklärt die §§ 539 bis 541 für anwendbar, 541 aber den § 538, der Schadenersatzanspruch gibt. Vgl. Planck Bd. 2 Anm. 5 zu § 542 S. 301.

[13]) Darüber oben unter II und Anm. 3.

[14]) Die Verschiedenheit des Rücktrittsrechts von dem Kündigungsrecht zeigt sich auch an einer Gesetzesbestimmung bei beiden Rechten, die an sich wörtlich bei beiden übereinstimmt und, falls die Rechte gleicher Natur wären, eine überflüssige Wiederholung darstellen würde. Diese Bestimmung ist die des § 554 Abs. 2 und die des § 357. Beide erklären den Rücktritt resp. die Kündigung für unwirksam, wenn sich die Gegenpartei durch Aufrechnung befreien konnte und die Aufrechnung unverzüglich nach dem Rücktritt bezw. der Kündigung erklärt wird. Diese Bestimmungen sind infolge der Verschiedenheit beider Rechte beide nötig und besagen etwas völlig Verschiedenes. Bei der Kündigung ist es eine Einschränkung der Aufrechnungsbefugnis. Denn ohne diese Gesetzesbestimmung würde die infolge des Weiterbestehens der Mietzinsforderung noch gegebene, später erklärte Aufrechnung die gekündigte Forderung nach § 389 zur Zeit des Gegenübertretens beider Forderungen, also vor der Kündigungserklärung, aufheben und somit die Kündigung gegenstandslos machen. Dem ist durch § 554 Abs. 2 ein Ziel gesetzt. Beim Rücktritt liegt hier jedoch eine Erweiterung der Aufrechnungsbefugnis vor, weil sonst eine Aufrechnung unmöglich wäre. Wird doch die Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, durch den Rücktritt völlig beseitigt und ist somit nicht aufrechnungsfähig. Dies verhindert § 357. S. Planck Bd. 2 Anm. zu § 554 S. 308.

IV. Schwerer ist der Unterschied zwischen Widerruf und Rücktritt zu ziehen. Er liegt, abgesehen von der Art der Rückgewähr,[15]) hier nicht so sehr in der Wirkung oder in der Ausübung als besonders im Anwendungsgebiet.

a) Begrifflich stellt sich der Widerruf nur als Rückgängigmachung einer Willenserklärung dar.[16]) Dies ist sein Hauptanwendungsgebiet,[17]) während er beim Vertrage nur in vereinzelten Fällen vorkommt, die nachher besprochen werden. Bezeichnend für die Verschiedenheit der Rechte ist der Umstand, daß auch Widerruf des Rücktritts vorkommen kann. Hierüber ist aber erst im nächsten Paragraphen dieser Arbeit zu sprechen.

b) Außer diesen die Mehrzahl bildenden Fällen kommt der Widerruf in den Fällen der §§ 109, 178, 1397, 1830 B.G.B. vor.[18]) Hier ist ein Vertrag noch nicht vollgültig zustande gekommen, sondern sein Bestehen ist von der Genehmigung eines Dritten (des Gewalthabers, Vaters, Ehegatten oder Vormundschaftsgerichts) abhängig. Diese Genehmigung gibt der Willenserklärung der einen Vertragspartei erst rechtliche Bedeutung und schafft somit erst den gültigen Vertrag. Das bis dahin dem anderen Teile zustehende Widerrufsrecht ist mit dem Rücktrittsrecht deshalb nicht zu vergleichen, weil Voraussetzung für die Ausübung des Rücktrittsrechts ein gültiger Vertrag ist. Es ist vielmehr ebenso die Zurücknahme einer einseitigen Willenserklärung wie zu a.

c) Das im § 671 B.G.B. (Widerrufsrecht des Auftraggebers) gegebene Recht ist auch kein gesetzliches Rücktrittsrecht. Hier hat der Widerruf nur dieselben Wirkungen wie die Kündigung. Denn die Motive erklären,[19]) daß das Gesetz dadurch, daß es dieses Recht als Widerrufsrecht bezeichnete, nur „der in der Wissenschaft und Gesetzgebung hergebrachten Ausdrucksweise im Gegensatz zur Kündigung des Beauftragten“ gefolgt sei; sonst sei dieses Recht durchaus als Kündigungsrecht aufzufassen.

d) Bei einem gültigen Vertrage kommt ein gesetzliches Widerrufsrecht vor in den §§ 530 ff.,[20]) die dem Schenker ein solches wegen groben

[15]) Die Rückgewähr im Falle des § 327 S. 2 ist beim Rücktritt dieselbe wie beim Widerruf. Darüber s. § 11 c. Beim Widerruf erfolgt die Rückgewähr immer nach §§ 812 ff., nie nach §§ 346 ff.

[16]) vgl. Thiele, Die Kündigung nach dem B.G.B. im Arch. f. d. z. Pr. Bd. 89 S. 88. „Der Widerruf beseitigt eine Gebundenheit, aus welcher der andere Teil kein anderes Recht herleiten kann, als daß die Gegenpartei eben bis zum Widerruf gebunden ist.“

[17]) Hierher gehören die zahlreichen Fälle der §§ 27, 81, 130, 183, 658, 790 u. a. m.

[18]) Sie geben der einen Vertragspartei ein Widerrufsrecht bei Abschluß eines Vertrages mit einem Minderjährigen, einem Vertreter ohne Vertretungsmacht, einer Ehefrau über das eingebrachte Gut und einem Vormund in den Fällen, in denen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfordert ist, bis zu der nachträglichen Genehmigung des Berechtigten. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch nennt dieses Widerrufsrecht direkt „Rücktrittsrecht“. S. oben § 5, 4 Anm. 22.

[19]) Motive Bd. 2 S. 544; vgl. auch Cosack, B.G.B. Bd. 1 § 150 V 1, S. 549 und Planck Bd. 2 Vorbem. 5 Abs. 2 zu § 346 S. 127.

[20]) Hellwig S. 303 identifiziert dieses Recht mit Rücktrittsrecht der Sache nach, wenn er auch nicht verkennt, daß „im technischen Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ kein Rücktritt vorliege.

Undanks des Beschenkten geben. Auch bei diesem Widerrufsrechte sind die Voraussetzungen völlig andere wie beim Rücktritt. Es wird praktisch in den meisten Fällen nicht ein Widerrufsrecht eines noch bestehenden Vertrages sein, sondern der Grund wird immer nach Vertragserfüllung an den Tag treten. Es liegt somit kein Vertrag mehr vor. Durch die ordnungsmäßige Erfüllung der Schenkung ist der Vertrag beseitigt und äußert keine Wirkungen mehr. Die Gründe für das Widerrufsrecht des § 530 liegen vollständig außerhalb des Vertrages und nicht in der Leistung des Vertraggegners, von der überhaupt hier nicht die Rede sein kann. Sie liegen vielmehr in dem persönlichen Verhalten des Beschenkten, der sich der lukrativen Zuwendung nachträglich als nicht würdig erweist, sie sind nicht juristischer, sondern persönlicher Natur, wenn sie auch juristisch wirksam werden.

Nächstdem besteht natürlich auch hier der schon in Anmerkung 14 hervorgehobene Unterschied bei der Rückgewähr. Durch den Widerruf wird die causa der Zuwendung, die Schenkung, aufgehoben. Das Geleistete kann nunmehr unter dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden. Der Beschenkte braucht nach § 818 B.G.B. nur soviel zurückzugewähren, als zur Zeit des Widerrufs noch seine Bereicherung beträgt, während beim Rücktritt gemäß §§ 346 ff. alles Empfangene zurückgegeben und Ersatz für das nicht mehr Vorhandene geleistet werden muß.

Dasselbe wie bei § 530 gilt bei den §§ 1301 und 1584 B.G.B. (Rückforderung von Schenkungen nach Aufhebung des Verlöbnisses und nach Ehescheidung). Die Verschiedenheit vom Rücktritt tritt in beiden Fällen hier deutlich zutage. Der Grund für den Widerruf liegt in den in keinem Zusammenhange mit der Schenkung stehenden Tatsachen, die zur Entlobung bezw. Scheidung führten.

e) In einem weiteren Falle, nämlich im § 610, spricht das Gesetz von Widerrufsrecht bei einem vollgültigen Vertrage. Dieser Paragraph gibt dem, der die Hingabe eines Darlehns versprochen hat, das Recht, das Darlehnsversprechen zu widerrufen, wenn eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des andern Teils eintritt und hierdurch der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet wird. Hier fällt der zweite Unterschied des Widerrufs vom Rücktritt, die Art der Rückgewähr, weg, da er hier nie in Frage kommen kann. Nach Erfüllung, d. h. Darlehnshingabe, ist das Widerrufsrecht ausgeschlossen, weil dann „das pactum de mutuo dando erloschen ist".[21]) Allein der Gegensatz zum Rücktritt, daß das Gesetz von Widerruf immer dann spricht, wenn es sich um Aufhebung einseitiger Rechtsgeschäfte, einfacher Willenserklärungen, handelt, läßt uns hier auch im Stich, da es sich hier um Widerruf eines Vertrages handelt. Auch der Unterschied, welcher unter d) geltend gemacht wurde, daß der Grund zum Widerruf gänzlich außerhalb des Vertrages, in Tatsachen, die keine Beziehung zum Vertrage haben, liegt, kann hier nicht durchgreifen, da hier nicht eigentlich die Vermögensverschlechterung,

---

[21]) Prot. II Bd. 2 S. 50 (98. Sitzg. a. E.).

sondern die durch dieselbe hervorgerufene Gefährdung des Anspruches auf Darlehnsrückgabe den Grund zum Widerruf bildet. Dieser Grund hängt aber mit dem Vertrage wohl zusammen. Der in der Rücktrittsdefinition aufgestellte Satz, der Rücktrittsgrund muß in der Leistung des andern Teils liegen, trifft hier zwar nicht wörtlich zu, aber es ist doch im Auge zu behalten, daß die Bestimmung des § 610 nur aus dem Grunde gegeben ist, weil die gleichzeitig mit der Erfüllung des Darlehnsversprechens, der Darlehnshingabe, entstehende, nur an eine bestimmte oder unbestimmte Frist gebundene Rückgabepflicht des Darlehnsempfängers durch dessen schlechte Vermögenslage als für ihn unerfüllbar oder wenigstens sehr schwer erfüllbar erscheint. Wenn nun auch diese später entstehende und von der Erfüllung des Darlehnsversprechens abhängige Rückgabepflicht in keiner rechtlichen Beziehung zum Darlehnsversprechen steht, so hängt sie doch mit dem Darlehnsversprechen tatsächlich zusammen, daß sie wenigstens als etwas wenn auch nur in geringem Grade Analoges zur Leistung des andern Teiles im Sinne von Gegenleistung sich ansehen läßt. Insofern kann man auch im Falle des § 610, wenn man sich den vorstehend angegebenen Unterschied vergegenwärtigt, sagen, daß der Rücktritts- oder vielmehr Widerrufsgrund in der Leistung des andern Teils liegt. Wenn dieses Recht daher nicht als Rücktrittsrecht bezeichnet worden ist, so hat dies m. E. nur einen gesetzestechnischen Grund. Das Gesetz wollte sich ein einheitliches System erhalten. Nach diesem sollte es den Begriff Rücktritt nur beim gegenseitigen Vertrage geben. Daher mußte dieses Recht Widerrufsrecht genannt werden, zumal der Widerruf nicht ein derartiges in sich abgeschlossenes Rechtsinstitut darstellt, wie das Rücktrittsrecht. Daß solche Erwägungen bestimmend gewesen sind, geht daraus hervor, daß für dieses im ersten Entwurf (§ 458) noch als Rücktrittsrecht bezeichnete Recht in der zweiten Lesung die Bezeichnung Widerrufsrecht gesetzt wurde, ohne daß materiell an der Gesetzesbestimmung eine Änderung erfolgte. Die Vorarbeiten enthalten über den Grund dieser Änderung nichts. Dem Prinzip des Gesetzes folgend, müssen wir daher an dieser Bezeichnung festhalten.[22])

---

[22]) Dieses „Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände, clausala rebus sic stantibus", wie es in der Literatur allgemein bezeichnet wird, hat eine umfangreiche Geschichte. Vgl. Stammler S. 89; Fritze, Clausula rebus sic st. im Arch. f. bürg. Recht Bd. 17 (S. 20—49); Pfaff, Wiener Festschrift für Unger S. 221—354. Seine Geltung für römisches und deutsches Recht ist kaum anzunehmen (Fritze S. 27 ff.). Im älteren gemeinen Recht fand es die weiteste Ausdehnung, um später stark eingedämmt und für ganz unbegründet erklärt zu werden. Wie schon das A.L.R. (I 5 § 377, vgl. aber § 378 l. c.), hat es auch der Entwurf zum B.G.B. nicht allgemein anerkannt. Nur im Falle des § 458 E. I = 610 B.G.B. verschaffte er ihm Geltung. Eine sehr modifizierte Wirkung beim gegenseitigen Vertrage gab der clausula rebus sic stantibus noch die Kommission für die 2. Lesung im § 272 — 371 B.G.B., nämlich ein dem zur Vorleistung Verpflichteten zustehendes Verweigerungsrecht bis zur Bewirkung der Gegenleistung oder das Recht, Sicherstellung zu verlangen. Die praktischen Fälle, in denen jetzt dieses Recht in Frage kommen könnte, müssen nach den allgemeinen Bestimmungen des § 157 B.G.B. und 346 H.G.B. beurteilt werden, ob nicht nach Treu und Glauben mit

f) Zum Schluß ist hier noch des im § 527 B.G.B. bei der Schenkung mit einer Auflage gegebenen Rückforderungsrechtes zu gedenken. Ohne hier zu untersuchen, ob die Schenkung durch dieses Rückforderungsrecht von Anfang an aufgehoben wird oder nicht, können wir schon deshalb dieses Recht als Rücktrittsrecht ablehnen, weil die Rückforderung sich nur soweit erstreckt, als die Höhe der Auflage beträgt. Die Schenkung über die Auflage hinaus bleibt bestehen. Die hier genannten „für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen", unter denen das Rückforderungsrecht in Wirkung treten soll, geben keinen Anlaß, in diesem Rechte ein gesetzliches Rücktrittsrecht sehen zu müssen. Sie sind, wie schon die wiederholt erwähnten Bestimmungen über die Rücktrittswirkungen, wegen der „in beiden Fällen gleichen Verhältnisse"[23]) hier hineingebracht lediglich zu dem Zwecke, damit dem Wortlaute nach übereinstimmende Wiederholungen im Gesetze vermieden werden.[24]) [25])

V. Ein weiteres vom Rücktrittsrecht zu sonderndes Recht ist das der Anfechtung. Die Ausübung ist in beiden Fällen die gleiche.[26]) Denn auch die Anfechtung wird durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt, dagegen sind die Voraussetzungen wie die Wirkungen durchaus verschieden.

Um den Unterschied in den Wirkungen vorwegzunehmen, so ist darauf hinzuweisen, daß die Anfechtung dingliche Wirkungen hat, da das angefochtene Geschäft als von Anfang an nichtig gilt, während der Rücktritt stets nur obligatorische Wirkungen hervorruft. Aber auch Unterschiede in den Voraussetzungen beider Rechte lassen sich finden.

Endemann sieht in seinem Lehrbuch[27]) den Unterschied zwischen Anfechtung und Rücktritt darin, daß letzterer einen bereits zustandegekom-

---

Rücksicht auf die Verkehrssitte „nach der Absicht der Parteien ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände der einen oder der anderen Partei zustehen soll" (R.G. Bd. 50 S. 258).

[23]) vgl. oben Nr. II dieses Paragraphen mit Anm. 3.

[24]) Es ist dies der einzige Fall des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in welchem die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts analog auf andere Rechtsinstitute Anwendung finden. Sonst werden in allen Fällen nur die Wirkungen des Rücktritts, die §§ 346 ff., für entsprechend anwendbar erklärt. Die Fälle der letzteren Art sind in folgenden Paragraphen enthalten. §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2, 325, 327, 467, 493, 515, 543 Abs. 2, 555, 634 Abs. 4, 651 und 480 Abs. 1.

[25]) Hellwig sagt zu diesem Rechte (S. 308): „Materiell ist dieses Recht nichts, als ein mit Rücksicht auf die Eigenartigkeit der donatio sub modo modifiziertes Rücktrittsrecht. Modifiziert ist es in Beziehung auf die Art der Geltendmachung (Erklärung nach § 349 ist nicht erforderlich), modifiziert ist es hinsichtlich seines Inhalts, insofern es nicht die ganze Schenkung hinfällig werden läßt." Endemann zählt noch in seiner neuesten Auflage (S. 850 § 148 Anm. 21) den § 527 als Fall eines gesetzlichen Rücktrittsrechts auf.

[26]) Ausnahmen sind die Fälle der Anfechtung der Ehe, Ehelichkeit und der Erbwürdigkeit (§§ 1330 ff., 1350, 1386, 1593, 2340 ff.), in denen die Anfechtung durch Klage geltend gemacht wird.

[27]) Endemann (6. Aufl.) Bd. 1 § 148,2 S. 659. In der neuesten Auflage gibt Endemann (S. 850) als Unterschied an, daß sich die Anfechtbarkeit auf einen inneren Mangel des Rechtsgeschäfts gründet. Dies ist im wesentlichen auch das oben Ausgeführte.

menen gültigen Vertrag immer voraussetzt, während die Anfechtung die Gültigkeit des Rechts in Frage stellt. Dies ist zwar richtig, aber ein wenig brauchbarer Unterschied. Denn auch der anfechtbare Vertrag ist zustande gekommen und voll gültig. Er bedarf weder der Wiederholung noch der Bestätigung. Letztere stellt sich nach dem Gesetz (§ 144) nur als Ausschluß des Anfechtungsrechtes dar, macht die Gültigkeit auch für die Zukunft zweifellos, führt sie aber nicht erst herbei. Die Gültigkeit fällt erst weg, wenn der Berechtigte von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch macht.

Schließlich bewirkt auch der Rücktritt nicht viel anderes im obigen Sinne als die Anfechtung. Auch er stellt das Rechtsgeschäft in Frage und beseitigt es, wenn er berechtigterweise geltend gemacht wird. Daher wird man nach anderen Unterscheidungsmerkmalen suchen müssen.

Durchgreifender ist m. E. der in obiger Rücktrittsdefinition (§ 6, 4 der Arbeit) angeführte Unterschied. Die Anfechtungsgründe liegen nämlich stets bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder schon vorher vor, wenn sie vielleicht auch erst später dem Berechtigten zum Bewußtsein kommen. Dies beweisen die allein hier in Betracht kommenden Hauptfälle der Anfechtung wegen Irrtums, Täuschung, Drohung oder Zwang (§§ 119, 120, 123, 1330 ff., 2078, 2079, 2281, 2345). Die Gründe sind außerdem auch mehr subjektiver Natur, da sie in der Person des Vertragsschließenden liegen, nicht in den Leistungen der Kontrahenten,[28]) wie die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts. Außerdem liegen die Gründe für den Rücktritt immer nach dem Vertragsschluß.[29])

Ferner unterliegt die Anfechtung der Präklusivfrist des § 124 B.G.B., während der Rücktritt, abgesehen von der Bestimmung des § 355, zeitlich vom Gesetz nicht beschränkt wird.[30])

[28]) Natürlich können beim Rücktritt auch persönliche Eigenschaften, also subjektive Momente mit in Frage kommen, z. B. die Erfüllung eines Dienstvertrages wird aus persönlichen Gründen z. B. Krankheit unmöglich. Hier ist jedoch die Person selbst Gegenstand des Vertrages. Der Grund zum Rücktritt liegt auch hier nach Vertragsschluß und ist objektiver Natur, weit verschieden von einem etwa auf Täuschung seitens des Dienstverpflichteten beruhenden Anfechtungsrechte des Berechtigten.

[29]) Ausnahme beim Verkauf von Forderungen. Darüber s. § 15 II 1b.

[30]) Deshalb kann ein Recht verloren gehen, während das andere bestehen bleibt. Nehmen wir ein praktisches Beispiel: A kauft von einem Musikalienhändler die Werke von „Strauß“. Er meint hierbei die des Walzerkomponisten „Johann“ Strauß, und er sendet in Unkenntnis des Preises 50 Mk. ein. Der Musikalienhändler schreibt ihm, er werde ihm die Werke von Strauß schicken, — er denkt aber an die des „Richard“ Strauß — kommt jedoch mit der Sendung in Verzug, ohne auch während der ihm von A gesetzten Nachfrist zu erfüllen. A kann nun vom Kaufe nach § 326 zurücktreten und sein Geld gemäß § 346 zurückfordern; er kann aber auch den Kauf auf Grund des § 119 B.G.B. anfechten, ist aber dann event. zu Schadensersatz aus § 122 verpflichtet. A kann aber auch das Rechtsgeschäft bestätigen, nachdem er vom Irrtum erfahren hatte, so daß sein Anfechtungsrecht erlischt. Gleichwohl kann er noch vom Vertrage zurücktreten. Er kann aber auch sein Rücktrittsrecht durch Verzicht oder Nichteinhaltung einer ihm aus § 355 B.G.B. vom Schuldner gesetzten Frist verlieren und trotzdem nachher das Geschäft aus § 119 l. c. anfechten. Die Rechte sind also, wie deutlich zu erkennen ist, sehr verschiedener Natur auch in ihrer praktischen Bedeutung.

VI. Hier wäre jetzt noch der Unterschied zwischen Rücktritt und dem durch § 323 dem einen Vertragsteil beim gegenseitigen Vertrage gegebenen Rechte hervorzuheben. Weil dies jedoch zu Antizipationen führen würde, ist es angezeigt, auf dieses Recht erst nach Besprechung des Rücktrittsrechts beim gegenseitigen Vertrage einzugehen, da dort kurz das Verhältnis des Rücktrittsrechts zu den wahlweise mit diesem gegebenen Rechten erwähnt werden muß.[31])

§ 8.

3. Ausübung und Wirkung.

Es muß bei der Besprechung des gesetzlichen Rücktrittsrechts auch auf die Ausübung, Wirkung und die Beendigung desselben eingegangen werden, zumal das Gesetz nicht spezielle Regeln darüber aufstellt, sondern nur die Regeln über vertragsmäßiges Rücktrittsrecht für „entsprechend anwendbar" erklärt. Es würde jedoch zu weit führen, hier genauer alle Einzelheiten und entstandene Streitfragen zu besprechen. Dies wäre mit dem Zwecke dieser Arbeit nicht vereinbar. Daher sollen die folgenden Punkte nur kurz gestreift werden.

I. Das Rücktrittsrecht wird durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile ausgeübt. Diese Erklärung stellt sich als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung dar, für welche die Regeln der §§ 130—133 gelten. Die Annahme der Erklärung, wie bei der Wandelung (s. unten § 15), ist nicht erforderlich.[1]) Die Erklärung muß aber ausdrücklich geschehen, darf sich nicht als bloße „Willensbetätigung", wie Kisch[2]) sagt, darstellen. Der Gebrauch des Wortes „Rücktritt" ist nach § 133 B.G.B. zwar nicht erforderlich, jedoch muß aus den Umständen und den gebrauchten Worten zu ersehen sein, daß der Erklärende den Rücktritt meint. Dies zu entscheiden ist in letzter Hinsicht Sache der freien richterlichen Beweiswürdigung. Stillschweigende Erklärung, vielleicht durch konkludente Handlung, reicht jedenfalls nicht aus. Die Erklärung bedarf keiner Form, ihre Gültigkeit hängt nicht von der Beobachtung der Form des zugrunde liegenden Vertrages ab.

Da durch die Erklärung der Vertrag sofort aufgehoben wird, so ist dieselbe unwiderruflich. Sonst würden sehr unsichere Rechtsverhältnisse entstehen. Es würde auch sonst der Fall eintreten, daß ein nicht mehr bestehender Vertrag durch bloßen Widerruf einer Willenserklärung wieder ins Leben gerufen würde.[3]) Dieselben Gründe, die für die Unwiderruf-

---

[31]) Darüber s. § 12 dieser Arbeit.

[1]) Mot. Bd. 2 S. 280.

[2]) Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, in Fischers Abhandl. zum Privatr. u. Civilprozeß. VII 2 S. 135.

[3]) Die Unwiderruflichkeit war im § 426 Abs. 1 des ersten Entwurfs und im § 300 des zweiten Entwurfs ausdrücklich ausgesprochen. Diese Bestimmung ist endgültig als selbstverständlich gestrichen werden. Prot. II Bd. 6 S. 153, IX.

lichkeit der Rücktrittserklärung sprechen, zwingen auch dazu, eine eventuelle oder bedingte Rücktrittserklärung für gänzlich wirkungslos anzusehen.[4]) Es würde im entgegengesetzten Falle zweifellos zu großen Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten führen. Falls der einen Partei der Eintritt bezw. Nichteintritt der Bedingung entginge, besteht der Vertrag oder fällt weg, ohne daß die betreffende Partei Kenntnis davon hätte. Es wäre dann sogar der Fall nicht undenkbar, daß ohne Wissen beider Parteien ein Vertrag, auf dessen Gültigkeit beide sich verlassen, aufgelöst wird. Die einschneidenden Wirkungen der bloßen Rücktrittserklärung erheischen somit unbedingt eine bestimmte, zusatzlose Erklärung, die den Rücktritt klar erkennbar macht. Die Zulassung des befristeten Rücktrittsrechts ist dagegen unbedenklich, weil hierdurch Unsicherheiten nicht entstehen.[5])

Prozessual kann der Rücktritt auch einredeweise geltend gemacht werden.[6]) Er kann während des Prozesses bis zum letzten Termine, in welchem Einwendungen geltend gemacht werden können, erklärt werden. In der Zwangsvollstreckung ist der Rücktritt jedoch nur dann zulässig, wenn die Gründe zu demselben erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung entstanden sind, in welcher spätestens Einwendungen hätten geltend gemacht werden müssen (§ 767 Abs. 2 C.P.O.).

Die Erklärung des Rücktritts kann auch gegenüber dem Prozeßbevollmächtigten erfolgen.[7]) Ferner kann die Erklärung auch schon mit der Klage auf Rückgabe verbunden werden, doch setzt sich der Berechtigte bei Bereitwilligkeit des Gegners der Gefahr aus, gemäß § 93 C.P.O. die Kosten des Rechtsstreits tragen zu müssen.

Das Rücktrittsrecht ist unteilbar. Sind auf der einen oder anderen Seite des gegenseitigen Vertrages mehrere beteiligt, so kann der Rücktritt nur von allen und gegen alle gleichzeitig geltend gemacht werden, ohne Rücksicht auf das unter den Beteiligten bestehende Rechtsverhältnis. Natürlich führen Vollmacht für einen oder nachträgliche Genehmigung der Erklärung eines Vertragsbeteiligten auch zum Ziele. Solange aber nicht die Zustimmung aller vorliegt oder der Rücktritt nicht gegen alle erklärt ist, ist der Rücktritt unwirksam. Bis zu diesem Zeitpunkte ist ein Widerruf der Erklärung einzelner möglich.[8]) Eine Anfechtung der Rücktritts-

---

[4]) Dasselbe führt Thiele a. a. O. S. 147 f. für die Kündigung aus. Eine condicio legis ist natürlich keine Bedingung.

[5]) vgl. Kisch S. 137 f.

[6]) Abweichend vom Rücktritt des Code civil, s. oben § 4, 2 mit Anm. 17.

[7]) Nach Kisch (S. 139) und Schollmeyer (S. 260 Anm. zu § 349) bedarf es zur Gültigkeit der Abgabe der Rücktrittserklärung gegenüber einem Prozeßbevollmächtigten einer Spezialvollmacht desselben, weil die Erklärung keine Prozeßhandlung sei. Auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht das Reichsgericht (Bd. 50 S. 141 der Entsch., Jurist. Wochenschr. 1901 S. 495). Hiernach ist der Prozeßbevollmächtigte gemäß § 81 C.P.O. auch zur Entgegennahme solcher empfangsbedürftiger Willenserklärungen materiellrechtlicher Natur berechtigt.

[8]) vgl. Paech, Der Leistungsverzug 1902 S. 165; Schellen, Das ges. Rücktrittsrecht beim Kaufe, Diss. Leipzig 1902, S. 31; Kisch l. c. S. 138. Dies ist kein Widerspruch zu der oben behaupteten Unwiderruflichkeit der Rücktrittserklärung, weil hier von einer Wirksamkeit des Rücktritts noch keine Rede sein kann.

erklärung wegen Irrtums u. a. ist nicht ausgeschlossen. Bei erfolgreicher Anfechtung lebt der durch den Rücktritt aufgehobene Vertrag wieder auf.

II. Die Ausübung des Rücktritts bewirkt vollständige Aufhebung des Vertrages von Anfang an, somit für die Vergangenheit und die Zukunft. Es wird nicht nur eine materiellrechtliche peremptorische Einrede geschaffen, wie im ersten Entwurf beabsichtigt war, sondern mit der Erklärung fällt die causa, der Vertrag, weg. Die Folge hiervon ist, daß die Vertragspartei, welche auf Erfüllung klagt, und aus deren Klagevorbringen sich ergibt, daß der Gegner berechtigterweise von seinem Rücktrittsrechte Gebrauch gemacht habe, mit ihrer Klage abgewiesen werden muß, wenn auch der Gegner im Prozesse nichts von dem ausgeübten Rücktritt erwähnt. Der Rücktritt befreit nicht nur den Berechtigten von der eigenen Leistung, sondern ist gleichzeitig ein Verzicht auf die Gegenleistung. Die Leistungsverpflichtungen aus dem gegenseitigen Vertrage fallen beiderseitig weg. Das kontraktliche Verhältnis hört vollständig auf, aus dem Vertrage können Rechte nicht mehr hergeleitet werden, besonders kein Schadensersatzanspruch und keine Konventionalstrafe.[9])

Dingliche Wirkung hat jedoch der Rücktritt nicht. Dritten gegenüber, selbst wenn ihnen die Rücktrittserklärung der einen Vertragspartei bekannt ist, hat derselbe keinerlei Wirkung. Nur unter den Vertragsparteien äußert er eine solche. An die Stelle des weggefallenen ursprünglichen Vertrages tritt ein neues gesetzliches gegenseitiges Schuldverhältnis auf Rückgewähr der schon empfangenen Leistungen. Natürlich hängt die Gegenseitigkeit dieses Vertrages davon ab, daß schon von beiden Parteien eine Leistung oder Teilleistung erfolgt ist, sonst liegt nur eine einseitige Rückleistungsverpflichtung vor. Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über gegenseitige Verträge im allgemeinen finden auf dieses Schuldverhältnis nur insoweit Anwendung, als die exceptio non adimpleti contractus in Frage kommt. An die Stelle der §§ 323 ff. treten jedoch die Bestimmungen der §§ 347 ff. Sonst könnte der Fall des Rücktritts vom Rücktritt eintreten. Das Prinzip für die Bestimmungen über Rückgewähr ist, die Lage wiederherzustellen, welche vor Abschluß des Vertrages bestand.[10]) Daher sind die erfolgten Leistungen mit allen Nutzungen zurückzugewähren, die der Vertragsgegner selbst ohne den Vertragsabschluß gezogen hätte. Es gelten die Grundsätze, die für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer nach Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches gegeben sind. Geld ist zu verzinsen, für geleistete Dienste der Wert bezw. die dafür bedungene Gegenleistung zu vergüten. Natürlich läßt sich diese prinzipielle Wiederherstellung des früheren Zustandes nur sehr unvollkommen durchführen. Daß, wie vielfach in der Literatur behauptet wird,[11]) für den

---

[9]) Gemäß § 338 B.G.B. kann jedoch eine Draufgabe behalten werden. Dies beruht auf gesetzlicher Bestimmung und ist kein Anspruch aus dem Vertrage.

[10]) Motive Bd. 2 S. 281; Denkschrift S. 79.

[11]) vgl. Planck Bd. 2 S. 127 Vorbem. zu § 346, 2b; Schollmeyer S. 257 Anm. zu § 346; Schellen S. 36.

Rücktrittsberechtigten der Ersatz des negativen Vertragsinteresses seitens des Verpflichteten besser den vorherigen Zustand wiederherzustellen vermag, ist unschwer einzusehen. Diese Konsequenz hat das Gesetzbuch jedoch nicht gezogen. Er hat nicht allein die Lage des Zurücktretenden ins Auge gefaßt, sondern ebenso auch die des Gegners. Der vorerwähnte Interessenersatz läge aber lediglich im Interesse des Zurücktretenden, während der andere Teil den Barverlust zu tragen hätte. Das erstrebte Ziel wäre mit einer solchen Bestimmung, die sich übrigens in vielen anderen Gesetzbüchern findet,[12]) nur, soweit die Lage des Zurücktretenden berücksichtigt wird, besser verwirklicht. Es muß zwar zugegeben werden, daß in diesen Fällen den Gegner immer die Schuld für den Rücktritt trifft, so daß er mit Recht den ihm entstehenden Verlust zu tragen hätte, da er sich ihn zuzuschreiben hat. Dem ist aber auch entgegenzuhalten, daß das Bürgerliche Gesetzbuch dem Berechtigten nicht allein die Rücktrittsbefugnis gewährt, sondern ihm auch andere Rechte unter denselben Bedingungen wahlweise zuspricht, so daß er vom Rücktrittsrecht nur Gebrauch machen wird, wenn es seinen Interessen entspricht. Daher ist der Standpunkt, den das Gesetzbuch einnimmt, m. E. ein durchaus zu billigender.

Der maßgebende Zeitpunkt für die Berechnung des Anspruches auf Rückgewähr ist der Zeitpunkt der Leistung, nicht der der Entstehung des Rücktrittsrechts.[13]) Dies ist erstens im Gesetz deutlich ausgesprochen (§ 347 B.G.B.), zweitens ist es auch die richtige Konsequenz des für den Rücktritt geltenden Grundprinzips des Gesetzes. Der Schuldner hat sich die strenge Haftung selbst zuzuschreiben; tritt sie doch nur infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes ein (§ 327 B.G.B.). Würde aber durch die Rückgewähr der Gläubiger schwer getroffen, so braucht er nur nicht den Rücktritt aus den ihm wahlweise gegebenen Rechten zu wählen. Aus dem Wortlaut des § 327 l. c., der die Bestimmungen über vertragsmäßiges Rücktrittsrecht für „entsprechend" anwendbar erklärt, so viel zu folgern, wie Schellen es tun will, entbehrt jeder Begründung. Das Wort „entsprechend" berechtigt keineswegs dazu, nur die Bestimmungen über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht herauszusuchen, welche beiden Parteien am bequemsten liegen selbst unter Verkennung des Grundprinzips, sondern es schließt nur derartige Bestimmungen aus, die begrifflich zum gesetzlichen Rücktrittsrecht nicht passen.

[12]) vgl. hierüber Kisch, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegens. Verträgen, in Iherings Jahrbüchern Bd. 44 Nr. 4 (S. 104 u. ders. bei Fischer S. 152 Anm 3). Schadensersatz neben Rücktritt gewährt das französische Recht (Code civil Art. 1184), das A.L.R. (I 5 §§ 384, 398, 410), ebenso manche Entscheidung des gemeinen Rechts (vgl. die oben im § 4 Anm. 25 zitierte Entscheidung des Reichsgerichts). Ferner gilt dieses Recht in vielen anderen ausländischen Gesetzbüchern: Italien Art. 68, Spanien Art. 329, Handelsgesetzbuch von Chile Art 156, Nicaragua Art. 201, Venezuela Art. 114, Guatemala Art. 223, Honduras Art. 155, Salvador Art. 254, Argentinien Art. 467 Abs. 1, Portugal Art. 478, Schweiz Art. 241 und 242 (Borchardt, Die geltenden Handelsgesetze des Erdballs, Berlin 1887, Bd. 1—5 und Nachtrag).

[13]) Ebenso Kisch bei Fischer S. 145f; a. A. Schellen S. 37 und scheinbar auch Schollmeyer S. 258 § 347 Anm. 1.

Nach erfolgter Rücktrittserklärung gegebene Leistungen sind nur als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben. Die Rückgewährpflicht nach §§ 346 ff. erstreckt sich nur auf die bei Rücktrittserklärung schon gegebenen Leistungen. Alles Spätere erfolgt nicht mehr als Vertragsleistung, sondern grundlos, unterliegt daher den §§ 812 ff. B.G.B.

Verzicht auf die Rücktrittswirkungen schließt nur die Rückleistung aus, ist also eine Schenkung der Parteien unter einander, den durch den Rücktritt beseitigten Vertrag bringt dieser Verzicht jedoch nicht wieder zum Entstehen. Es gibt aber einen Fall, in welchem nach gültig erfolgtem Rücktritt der Vertrag wieder auflebt. Dies bestimmt § 354 B.G.B. Verzögert der Rücktrittsberechtigte die von ihm zurückzugewährende Leistung schuldhaft, dann kann ihm der Gegner eine angemessene Frist setzen, nach deren Ablauf der Rücktritt „unwirksam" wird. Es muß somit der Zustand vor Rücktrittserklärung, also der gegenseitige Vertrag, wiederhergestellt sein, mit ihm auch die anderen Wirkungen der Nichterfüllung dieses Vertrages aus den §§ 323 ff. mit alleiniger Ausnahme des Rücktrittsrechtes. Daher kann man mit Schollmeyer[14]) sagen, daß durch die Rücktrittserklärung der gegenseitige Vertrag unter der Resolutivbedingung aufgelöst wird, daß der Berechtigte die Rückgewähr nicht schuldhaft verzögert. Der Grund für diese Bestimmung ist auch in der Verkehrssicherheit, der Rücksicht auf den Schuldner und der Verhütung des Mißbrauchs desselben zu Spekulationszwecken zu suchen.

§ 9.

4. Erlöschen und Ausschluß.

1. Das Rücktrittsrecht kann nach der Ausdrucksweise des Gesetzes erlöschen oder auch ausgeschlossen werden. Der Unterschied beruht nach Dernburg[1]) darin, daß im ersteren Falle das Rücktrittsrecht unwiederbringlich verloren ist, während im letzteren es durch Beseitigung der Ausschlußgründe wieder aufleben kann. Kisch und Schellen[2]) nennen diese Unterscheidung überflüssig, da die Natur der Ausschließungsgründe ein Wiederaufleben des Rücktrittsrechts nicht gestatten. Doch läßt sich m. E. der Unterschied nicht von der Hand weisen, da Fälle wohl denkbar sind, in denen ein anfänglich bestehender Ausschließungsgrund noch während der Rücktrittsmöglichkeit des Berechtigten wegfällt, wenn auch schließlich derartige Fälle praktisch nicht oft vorkommen werden. Man denke

---

[14]) Schollmeyer Anm. zu § 354. — Die beiden anderen Fälle des Unwirksamwerdens des Rücktritts (§§ 357, 359) finden auf das gesetzliche Rücktrittsrecht keine Anwendung. (§ 357 findet nur auf die Wandelung Anwendung, darüber s. jedoch § 15.) Sie fallen demnach aus dem Rahmen dieser Abhandlung.

[1]) Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens 1. u. 2. Aufl. 1899/1901 Bd. 2 Abt. 1 S. 241, IV.

[2]) Kisch bei Fischer S. 142 Anm. 23; Schellen l. c. S. 31.

z. B. an den Fall, die Unmöglichkeit der Herausgabe aus anderen Gründen als Untergang und wesentliche Verschlechterung beruhe darauf, daß dem Berechtigten die vom Gegner empfangene Leistung gestohlen worden ist und zwar infolge seiner eigenen Nachlässigkeit. Wird der Dieb ausfindig gemacht und gelangt der Berechtigte wieder in Besitz der Sache, dann ist der Ausschlußgrund beseitigt. Tritt dies nach der Rücktrittserklärung, aber noch vor Beendigung der Frist aus § 354 ein, dann ist der Ausschluß gehoben. Geschieht das aber erst nach Ablauf der Frist, dann ist das Rücktrittsrecht erloschen. Schollmeyer[3]) spricht daher wohl absichtlich im Falle des Ausschlusses nur von einer „Unzulässigkeit des Rücktritts“, indem er damit wohl auch die Möglichkeit eines Zulässigwerdens zugeben will.

2. Als Erlöschungsgründe kommen in Betracht zuerst

a) Der Verzicht. Im § 431 des ersten Entwurfs war noch ausgesprochen, daß Erfüllung oder Annahme der Erfüllung oder von Teilen derselben nach Eintritt der Berechtigung zum Rücktritt das Rücktrittsrecht zum Erlöschen bringen. Die zweite Kommission[4]) strich jedoch diese Bestimmung als selbstverständlich, da in diesen Fällen immer ein stillschweigender Verzicht liegen werde und das Erlöschen durch Verzicht nicht erst im Gesetz enthalten zu sein brauchte. Der Verzicht braucht daher kein ausdrücklicher zu sein. Es genügt, wenn er stillschweigend erfolgt, nur durch Handlungen betätigt wird. Die Motive sagen über Verzicht: „Die Umstände des einzelnen Falles müssen ergeben, ob ein Verzicht des Rücktrittsberechtigten auf das Rücktrittsrecht nach der Sachlage anzunehmen sei oder nicht. Man vermeidet besser jede Auslegungsregel.“ [5])

b) Den zweiten Erlöschungsgrund gibt § 353 B.G.B. Damit der Schuldner nicht für lange Zeit in Ungewißheit bleibt, ob der Gläubiger gegebenenfalls den Rücktritt vom Vertrage oder andere Rechte geltend macht, hat ihm das Gesetz ein Fristsetzungsrecht gegeben. Wirksam kann er die Frist dann erst setzen, wenn für den Gläubiger die Voraussetzungen zum Rücktritt gegeben sind. Sobald der Gläubiger innerhalb dieser Frist, die eine angemessene sein muß, den Rücktritt nicht erklärt, so ist das Recht zum Rücktritt für ihn erloschen. Ist die Frist keine angemessene, so kommt es nicht zum Erlöschen, da eine Voraussetzung des § 355 fehlt. Der Beweis für das Erlöschen liegt im Prozesse dem Schuldner ob, während dem Gläubiger hiergegen nur der Gegenbeweis der Rechtzeitigkeit des Rücktritts zusteht.[6]) Der Zweck dieser Gesetzesbestimmung tritt vornehmlich für den Fall des gesetzlichen Rücktritts zutage. Dieses Frist-

[3]) Schollmeyer Anm. zu § 351 (S. 261.)

[4]) Prot. II Bd. 1 S. 795 f. III.

[5]) Mot. Bd. 2 S. 283. — Verzicht ist Erlöschungsgrund natürlich nur dann, wenn er erlaubt ist. Steht seiner Gültigkeit jedoch ein gesetzliches Verbot entgegen, so ist er gänzlich wirkungslos und ohne Einfluß auf das Rücktrittsrecht. So z. B. beim Kauf im Falle des § 443 B.G.B. Darüber s. § 15.

[6]) Kisch bei Fischer S. 140.

setzungsrecht verhindert den Berechtigten, auf Kosten des andern Teils zu spekulieren.[7])

c) Der letzte Erlöschungsgrund ist die endgültige Erklärung des Rücktrittsberechtigten, eines der anderen ihm wahlweise zustehenden Rechte wählen zu wollen. Nach den Bestimmungen der §§ 325 ff. schließen sich die dort gegebenen Rechte gegenseitig aus.

Die Unteilbarkeit des Rücktritts hat es zur Folge, daß das Erlöschen für einen der mehreren Berechtigten auch das Erlöschen für alle übrigen herbeiführt. Dies ist im Satz 2 des § 356 ausdrücklich hervorgehoben.

3. Während die Erlöschungsgründe persönlicher Natur sind und in Willenserklärungen des Gläubigers oder Schuldners sich äußern, liegen die Gründe für die Ausschließung des Rücktritts in den Leistungen. Da sie alle zur Voraussetzung haben, daß Veränderungen der Leistung erfolgt sind, ist für dieselben Vorbedingung, daß die Leistung seitens der einen Vertragspartei schon ganz oder teilweise erfolgt ist. Die Gründe selbst sind in den §§ 351 bis 353 enthalten.

a) Der erste Paragraph erklärt den Rücktritt für ausgeschlossen, wenn der Berechtigte „eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die Unmöglichkeit der Hausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat", so daß eine Rückgewähr nach § 347 nicht mehr erfolgen kann. Der Untergang eines erheblichen Teiles wird einer wesentlichen Verschlechterung gleich geachtet; ebenso gilt das Verschulden eines anderen, welches der Berechtigte nach § 278 zu vertreten hat, als sein eigenes. Daß von „Schuld" in diesem Sinne nur die Rede sein kann, falls bei der Vornahme der Handlung der Rücktrittsgrund bereits eingetreten und dem Gläubiger bekannt ist oder wenigstens vorausgesehen werden kann,[8]) ist m. E. eine zu weit gehende Forderung. Auch eine vorher erfolgte Verschlechterung schließt den Rücktritt aus. Die Bestimmung ist deshalb getroffen, weil in diesem Falle die gegenseitige Rückgewähr und somit die Wiederherstellung des früheren Zustandes, der Rücktrittszweck, ausgeschlossen ist und zwar durch einen vom Berechtigten zu vertretenden Umstand.

b) Der zweite Ausschlußgrund ist Verarbeitung und Umbildung der empfangenen Sache in eine solche anderer Art seitens des Berechtigten. Eine „Schuld" des Berechtigten wird hier nicht vorausgesetzt. Jedoch muß die Wiederherstellung des ursprünglichen Gegenstandes ausgeschlossen sein.[9]) Hier ist auch die Verhinderung des Rücktrittszweckes der Grund für den Ausschluß. Da im Falle der Möglichkeit der Wiederherstellung eine derartige Vereitelung des Zweckes nicht erfolgt, so bleibt der Rücktritt möglich. Wenn es auch bei diesem Paragraphen nicht ausdrücklich

---

[7]) Denkschrift S. 80.

[8]) Kisch bei Fischer S. 141.

[9]) Kisch a. a. O.; Oertmann S. 91 Anm. 1 zu § 352; Schollmeyer S. 263 Anm. 1 zu § 352; Schellen S. 33.

ausgesprochen ist, so wird hier doch die Haftbarkeit für Gehilfen und Vertreter aus § 278 auch gegeben sein.[10])

c) Eine Veräußerung des empfangenen Gegenstandes oder Belastung desselben mit Rechten Dritter schließt den Rücktritt nicht aus, da hier Rückgewähr nicht ausgeschlossen, sondern nur erschwert, nämlich von Wiederverschaffung oder Entlastung abhängig ist. Liegen aber bei dem Dritten die Voraussetzungen des § 351 oder des § 352 vor, so muß konsequenterweise der Rücktritt auch dann ausgeschlossen sein. Dies bestimmt § 353.

Zufälliger Untergang des empfangenen Gegenstandes dagegen berührt das Rücktrittsrecht nicht (§ 350). Diese Ausnahme von dem Grundsatz, daß Rücktritt nur zulässig ist, wenn die Rückgewähr noch erfolgen kann, rechtfertigt sich besonders bei dem gesetzlichen Rücktrittsrecht. Der Schuldner, durch dessen Verschulden erst das gesetzliche Rücktrittsrecht begründet wird, trägt die Gefahr für seine Leistung bis zur völligen Vertragserfüllung. Der Gläubiger kann als der vertragstreue Teil nicht im Falle des zufälligen Unterganges schlechter stehen, als wenn die Erfüllung ganz unterblieben wäre.[11])

---

[10]) Planck Bd. 2 S. 131 Anm. 1 u. 2 zu § 352; Schollmeyer a. a. O. S. 263.

[11]) Kisch bei Fischer S. 142.

III. Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechts.

A. Allgemeines Rücktrittsrecht vom Vertrage und dessen Voraussetzungen.

§ 10.

1. Rücktritt vom einseitigen Vertrage.

Ein Rücktrittsrecht bei dem einseitigen Vertrage ist uns in der Geschichte des gesetzlichen Rücktrittsrechtes nicht aufgestoßen. Die Praxis hat ein solches auch nie erfordert. Dies hat seinen Grund im einseitigen Vertrage selbst. Durch ihn entsteht nur die Verbindlichkeit eines Vertragschließenden dem andern gegenüber. Nur einer ist der Berechtigte, der andere lediglich der Verpflichtete. Ein Rücktrittsrecht des Verpflichteten kann nicht in Frage kommen. Er hat ja gar kein Recht, auf das er verzichten, von dem er zurücktreten könnte. Ein Losmachen vom Vertrage kann bei ihm nur dadurch erfolgen, daß er sich seiner Verpflichtung durch deren Erfüllung entledigt.

Anders liegen die Verhältnisse beim Gläubiger, dem Berechtigten. Bei ihm ist ein Rücktritt denkbar. Der Hauptfall des Rücktritts bei dem gegenseitigen Vertrage, aus dem sich, wie im folgenden Paragraphen ausgeführt wird, alle übrigen ergeben, die Unmöglichkeit der Leistung, gibt aber keinerlei Anlaß, dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht zu gewähren. Die Herstellung des Zustandes vor Vertragsabschluß kann hier nur dadurch annähernd erreicht werden, daß der Schuldner verpflichtet wird, ein Äquivalent für die untergegangene Leistung zu verschaffen. Dies ist der Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Will aber der Gläubiger mit dem Vertrage, aus dem der Anspruch auf Schadensersatz entspringt, durchaus nichts mehr zu tun haben, so würde darin nur ein Verzicht auf das Äquivalent liegen. Ein Rücktrittsrecht ist aber nicht erforderlich. Im Falle der Unmöglichkeit der Teilleistung gibt der § 280 Abs. 2 und § 283 Abs. 2 B.G.B. auch das allein praktische Recht auf das Äquivalent der ganzen Leistung unter Rückgewähr des schon Empfangenen.

Wenn der Gläubiger aus sonstigen wichtigen Gründen sich vom einseitigen Vertrage loszumachen sucht, so sind ihm bei den einzelnen Verträgen genügend andere Rechte, wie Kündigung und Widerruf, im Ge-

setze gegeben. Diese Rechte entsprechen auch besser der Natur der einseitigen Verträge. Das Rücktrittsrecht ist dagegen nur dann wichtig, wenn der Gläubiger sich durch das Losmachen vom Vertrage auch von einer ihm obliegenden Verbindlichkeit befreien will. Dies tritt aber nur beim gegenseitigen Vertrage ein.

Ein spezieller Fall der einseitigen Verträge, bei dem ein Rücktrittsrecht vielleicht praktisch erscheinen könnte, ist noch zu erwähnen. Dies sind die Vorverträge zur Eingehung eines einseitigen Vertrages. Die Erfüllung des Vorvertrags besteht im Abschluß dieses einseitigen Vertrages, durch die Erfüllung kehrt sich somit das Gläubiger- und Schuldnerverhältnis um. Unter besonderen Umständen kann nun dem ersten Schuldner und späteren Gläubiger viel daran liegen, daß es gar nicht zur Erfüllung des Vorvertrages, zum eigentlichen Vertragsabschluß, kommt. Diese Gründe können persönlicher Natur sein, und zwar nicht nur auf Schuldnerseiten, sondern auch auf seiten des Gläubigers liegen. Ein praktischer Fall ist hierbei der oben im § 7 unter IVe mit Anmerkung 22 erwähnte Fall der clausula rebus sic stantibus. Wenn nun das Bürgerliche Gesetzbuch unter allgemeinen Voraussetzungen persönlicher Natur ein Aufhebungsrecht bei Vorverträgen geben würde, so würde es aus den bei dieser clausula oben angeführten Gründen immer nur ein Widerrufsrecht gewähren. Dies entspräche nur dem Prinzipe des Gesetzbuchs, das den Rücktrittsbegriff unlöslich mit dem gegenseitigen Vertrage verbunden hat. Ein derartiges allgemeines Widerrufsrecht kennt jedoch das Gesetzbuch nicht.

§ 11.

2. Rücktritt vom gegenseitigen Vertrage.

A. Hinsichtlich des gesetzlichen Rücktrittsrechts beim gegenseitigen Vertrage gab das Bürgerliche Gesetzbuch, dem alten Handelsgesetzbuch folgend, der bisherigen geschichtlichen Entwicklung einen einheitlichen Abschluß. Es hielt sich bezüglich der Anwendungsfälle dieser tief in die Lehre über rechtliche Gebundenheit durch Vertrag eingreifenden Bestimmung gleich weit entfernt vom ängstlichen Festhalten an den bisherigen, im größten Teile Deutschlands geltenden, den Verkehr beengenden Vorschriften des gemeinen Rechts wie von zu weiter Anwendung dieses Rechtsinstituts. Im Prinzip stellt es sich daher auf den Standpunkt, daß bei dem Vertrage auch bei Nichterfüllung seitens einer Partei nur der Erfüllungsanspruch, nicht Auflösungsrechte gewährt werden. Diesen Grundsatz sprach der § 360 des ersten Entwurfs ausdrücklich aus, wenn er sagt:

> „Erfüllet der eine Vertragsschließende seine Verbindlichkeit nicht, so ist der andere deshalb nicht berechtigt, einseitig vom Vertrage abzugehen, wenn nicht durch Gesetz oder Vereinbarung ein anderes bestimmt ist."

Wenn auch dieser Paragraph gestrichen wurde, so geschah dies nicht in Veränderung des gesetzgeberischen Standpunkts, sondern weil seine Bestimmung als selbstverständlich erschien [1]) und weil die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das gesetzliche Rücktrittsrecht, welche ein solches nur unter genau bestimmten Voraussetzungen gewähren, die Stellungnahme des Gesetzbuchs genügend erkennbar machen. Wir können daher von gesetzlichem Rücktrittsrecht nur dann sprechen, wenn das Gesetzbuch ausdrücklich das Recht, „vom Vertrage zurückzutreten", gibt. Die Benennung anderer in Voraussetzungen, Ausübung oder Wirkungen ähnlicher Rechte mit dem Namen eines Rücktrittsrecht muß als dem Gesetz widersprechend hingestellt werden. Die oben im § 7 der Abhandlung zur Sprache gekommene Ausdrucksweise vieler Werke über das neue bürgerliche Recht kann daher nicht gebilligt werden. Da sich das Gesetzbuch einer genauen Ausdrucksweise mit der größten Sorgfalt befleißigte, ist es weiterhin auch Aufgabe der Literatur, sich dieselbe anzueignen und nicht durch Verharren bei den alten Anschauungen Verwirrung in die endlich gesetzlich geklärte Lage wieder hineinzubringen. Dieser Standpunkt liegt der Betrachtung der einzelnen Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechts im folgenden zugrunde.

B. Die Bestimmungen über das bei gegenseitigen Verträgen allgemein gewährte gesetzliche Rücktrittsrecht finden sich in den §§ 325, 326, 283 und 327 des B.G.B.

I. Das erste gesetzliche Rücktrittsrecht gibt § 325 Abs. 1 S. 1:

„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, oder von dem Vertrage zurücktreten."

1. Die erste Voraussetzung dieses Rücktrittsrechts ist Unmöglichkeit der Leistung. Es handelt sich hier nicht um Unmöglichkeit im gewöhnlichen Sinne dieses Wortes, also um das vollständige und unwiederbringliche Ausderweltschaffen des Vertragsgegenstandes, so daß jede Möglichkeit der Erfüllung ausgeschlossen erscheint. Der Begriff ist vielmehr im juristischen Sinne zu nehmen. Eine Leistung kann so nicht nur dann als unmöglich bezeichnet werden, wenn ihr unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen, sondern auch schon dann, wenn deren Überwindung unbillige, „nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" vom Schuldner nicht zu erfordernde Anstrengungen zur Bedingung macht. Der für das gesamte Obligationenrecht gegebene Grundsatz des § 242 findet auch zugunsten des zur Leistung verpflichteten Schuldners Anwendung. Ungewöhnliche, nach dem Vertragsschlusse und -inhalte nicht vorauszusehende Opfer können, falls nicht ausdrückliche Vereinbarung vorliegt, nicht den Inhalt der schuldnerischen Verpflichtung bilden. Das Erfordernis derartiger Opfer bildet mithin für den Schuldner eine Unmöglichkeit der Leistung. Ferner braucht es sich auch nicht um eine Leistung zu han-

---

[1]) Prot. II Bd. 1 S. 625.

deln, deren Möglichwerden gänzlich ausgeschlossen ist, sondern es genügt eine Unmöglichkeit, die voraussichtlich nicht mehr behoben wird. Die Leistung einer verloren gegangenen Sache wird als Vertragsgegenstand unmöglich, wenngleich auch die Möglichkeit des Wiederfindens besteht.

Diese vorstehend ausgeführte Unmöglichkeit steht nicht nur dem Schuldner, sondern jedermann zur Seite, falls er als Vertragsgegner in Betracht käme. Sie wird daher als „objektive" bezeichnet. Im Gegensatz zu ihr steht die „subjektive" Unmöglichkeit, oder nach der Ausdrucksweise des Gesetzbuchs „das Unvermögen des Schuldners zur Leistung". Diese nimmt nur dem Schuldner die Möglichkeit der Erfüllung, während Dritte wohl zur Vertragserfüllung imstande wären. § 275 Abs. 2 des Gesetzbuches stellt das nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretende Unvermögen des Schuldners der Unmöglichkeit gleich, so daß auch bloßes Unvermögen eine Rücktrittsvoraussetzung bilden kann. Unvermögen liegt aber nur vor, wie Schöller[2]) nachgewiesen hat, wenn der Schuldner zur Beseitigung des lediglich für ihn bestehenden Hindernisses zur Leistung nicht verpflichtet ist.[3])

Im Sinne des § 325 Abs. 1 S. 1 kommt als Unmöglichkeit nur die dauernde in Betracht, also das Nichterfüllenkönnen der gesamten Vertragsleistung für alle Zeit, in der noch Vertragserfüllung, dem Vertragszwecke entsprechend, möglich wäre.[4]) Zeitweise Unmöglichkeit wird hier nicht berücksichtigt. Ist sie, objektiv betrachtet, zwar eine zeitweise, wird jedoch die Leistung erst möglich, wenn Erfüllung für den Vertrag vollkommen nutzlos wäre, so ist sie im Sinne des Vertrages eine dauernde, weil der Vertragszweck unerfüllbar bleibt. Wird die Leistung aber noch innerhalb der für die Erfüllung nur in Betracht kommenden Zeit möglich, so gelten die Regeln über Verzug.[5]) Wird die Erfüllung des Vertrages genau zu einem vereinbarten Zeitpunkte erwartet, so ist die dann vorliegende objektiv zeitweise Unmöglichkeit im Sinne des Vertrages stets eine dauernde.[6])

Somit ist der Begriff der dauernden Unmöglichkeit stets im Sinne des die Leistung erwartenden Gläubigers auszulegen. Dieser Begriff ist daher nicht ein absoluter, sondern nur relativer Natur, für jeden einzelnen Vertrag besonders zu konstruieren. Vielfach kann auch im einzelnen

[2]) Schöller, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen (3 Aufsätze in Bd. 44, 45 und 46 der Gruchot'schen Beiträge). Bd. 45 S. 530 ff.

[3]) Ist er dazu verpflichtet und auch in der Lage, so liegt keine Unmöglichkeit und kein Rücktrittsgrund vor. Erfüllt er aber die ihm obliegende Verpflichtung, obgleich er dazu in der Lage ist, absichtlich nicht, so ist dies Verhalten unter die Grundsätze des Verzugs zu stellen, das Rücktrittsrecht also erst nach fruchtlosem Ablauf der vom Gläubiger zur Beseitigung des Hindernisses gesetzten Nachfrist aus § 326 gegeben. Darüber s. unter III dieses Paragraphen. — Schöller a. a. O.

[4]) Kisch bei Fischer S. 21.

[5]) s. unter III dieses Paragraphen.

[6]) Bei der zum genauen Zeitpunkte vereinbarten Erfüllung wohnt kraft gesetzlicher Vermutung aus § 361 ein für den Fall der Nichterfüllung vereinbartes Rücktrittsrecht dem Vertrage inne. Dasselbe ist somit ein vertragsmäßiges und kommt hier daher nicht zur Besprechung.

Falle das eine völlige Unmöglichkeit darstellen, was unter andern Verhältnissen nur teilweise Unmöglichkeit ist. Darüber s. unter IV dieses Paragraphen. Daher ist eine Leistung für den Gläubiger des jeweiligen Vertrages dann eine unmögliche im Sinne des § 325 B.G.B., wenn sie weder als teilweise noch überhaupt als Erfüllung gelten kann. Einige Beispiele mögen zur Erläuterung der vorstehenden Ausführungen dienen.

a) Ist ein Pferd verkauft, so wird der Tod des Pferdes immer eine totale Unmöglichkeit darstellen; er wird es aber nicht, wenn ein Fellhändler der Käufer ist, für den der hauptsächlichste Wert nicht im Tiere sondern in dessen Fell liegt. Hier kann teilweise Unmöglichkeit vorliegen, wenn er vorher noch sonstwie Nutzen aus dem Pferde ziehen wollte, oder es kann auch der Vertrag voll erfüllbar sein.

b) Habe ich mit 4 Künstlern einen Engagementsvertrag für eine Konzerttournee abgeschlossen, so kann das Nichterscheinen eines im einzelnen Falle völlige oder auch bloß teilweise Unmöglichkeit hervorrufen. Handelt es sich um ein berühmtes Quartett, dessen Auftreten angekündigt ist, so ist die Leistung völlig unmöglich geworden, hier kann es unmöglich zu dem erwarteten und angekündigten Kunstgenusse kommen. Bildet aber nicht gerade die Persönlichkeit des nichterscheinenden Künstlers ein wesentliches Moment für die Erreichung des Vertragszwecks, so bedeutet das Nichterscheinen trotz der Unteilbarkeit der Gesamtleistung[7]) nur teilweise Unmöglichkeit, wenn noch durch ein anderweites Engagement Ersatz geschaffen werden kann. In jedem Falle handelt es sich nur um teilweise Unmöglichkeit, wenn die engagierten Künstler nicht im Quartett, sondern als Solisten auftreten sollen.

c) Hat ein Verein für eine Festlichkeit einen Kassierer engagiert, so liegt völlige Unmöglichkeit der Leistung vor, wenn der Betreffende gerade an diesem Tage eine militärische Übung abzuleisten hat; bei dem Engagement eines Kassierers durch einen Bankier wird eine derartige Verhinderung in der Regel nur eine zeitweise Unmöglichkeit darstellen. Der Vertrag wird hier voll, wenn auch erst später, erfüllt.[8])

---

[7]) vgl. Schöller Bd. 45 S. 542 ff.

[8]) Die deutsche Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Oktober 1899 (R.G.Bl. S. 557 ff.) enthält im § 26 Ziffer 2 einen Fall für die Lehre über Unmöglichkeit der Leistung. Die Verkehrsordnung regelt die Folgen so, wie sie sich nach dem bürgerlichen Recht darstellen würden. Dieses Beispiel mag hier erwähnt werden: Habe ich eine Fahrkarte gelöst, um nach Wien zu fahren, und bringt mich die Bahn infolge von Verkehrshindernissen nur bis Oderberg, so kann dies teilweise oder völlige Unmöglichkeit der Leistung bilden. War meine Anwesenheit in Wien gerade am voraussichtlichen Ankunftstage und vielleicht nur an ihm nötig, so ist diese Verspätung völlige Unmöglichkeit, während bei einer Vergnügungsreise im Zweifel nur teilweise vorliegen wird. Dem trägt der oben genannte Paragraph Rechnung, indem er bestimmt, daß dem Reisenden, der durch Zugverspätung den Anschluß an einen anderen Zug versäumt, der gesamte Fahrpreis für Hin- und Rückfahrt zurückzuzahlen ist, falls er sofort mit dem nächsten Zuge zur Abfahrtsstation zurückfährt, somit also kundgibt, daß die Nichtweiterbeförderung für ihn in diesem Falle eine völlige Unmöglichkeit bedeute. (Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem deutschen bürgerl. Recht, Leipzig 1900, S. 51.)

2. Die Unmöglichkeit muß im Falle des § 325 eine nachträgliche sein. Sie darf nicht schon bei Abschluß des Vertrages vorliegen. Dies ergibt der Wortlaut des § 325: „Wird die Leistung unmöglich." Für anfängliche Unmöglichkeit gilt die Regel des § 306 B.G.B.: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig." Im letzteren Falle kommt gar kein Vertrag zustande, so daß es auch kein Rücktrittsrecht geben kann.[9])[10]) Soweit das Gesetzbuch einen auf eine anfänglich unmögliche Leistung gehenden Vertrag bei späterer Hebung der Unmöglichkeit für gültig erklärt, ist natürlich der Rücktritt auf Grund des nach eingetretener Möglichkeit der Leistung erfolgenden Unmöglichwerdens gemäß § 325 gegeben, während § 306 Platz greift, wenn es zur Hebung der anfänglichen Unmöglichkeit überhaupt nicht erst kommt.[11]) Dieser anfänglichen Unmöglichkeit ist das anfängliche Unvermögen des Schuldners nicht gleichgestellt. In diesem Falle kommt vielmehr ein gültiger Vertrag zustande, so daß eventuell ein Rücktrittsrecht entstehen kann.

Die Frage, wann nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt, ist nicht immer leicht zu entscheiden.[12]) Sie ist auch hier nicht bis ins einzelne zu beantworten. Nur die Auslegung muß hier gegeben werden, daß als nachträgliche Unmöglichkeit die gilt, welche nach Vertragsschluß eingetreten ist. Dies folgt aus dem Gesetz. § 308 erklärt den suspensiv bedingten auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag für gültig, wenn die Unmöglichkeit bis zur Fälligkeit gehoben wird. Hierzu erklären die Motive:[13]) „Würde die Unmöglichkeit der Leistung vor Eintritt der Bedingung beseitigt, zur Zeit der Erfüllung der Bedingung aber wieder bestehen, so wäre der Vertrag hiernach nicht unwirksam." Daher muß der entscheidende Moment der des Vertragsschlusses sein.

3. Die Unmöglichkeit muß auf einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand zurückgeführt werden können. Zu vertreten hat der Schuldner alles das, was das Gesetz in dem betreffenden Falle ihm auferlegt. Dies ist, da das Gesetz die Vertretungspflicht bei den verschiedenen Verträgen

---

[9]) Praktisch äußert sich der Unterschied auch darin, daß § 307 dem die anfängliche Unmöglichkeit nicht Kennenden oder kennen Müssenden einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses gegen den Gegner gibt, der die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß. Ein solcher Anspruch ist beim Rücktritt ausgeschlossen.

[10]) Ausnahme von diesem Grundsatz: § 437 beim Verkauf von Forderungen (s. § 15).

[11]) Diese Fälle gibt § 308, der einen auf unmögliche Leistung gerichteten Vertrag dann als gültig bezeichnet, wenn der Vertrag für den Fall der Hebung der Unmöglichkeit geschlossen ist oder wenn bei einem aufschiebend bedingten oder befristeten Vertrag die anfängliche Unmöglichkeit bis zum Eintritt der Bedingung oder des Termins gehoben wird."

[12]) Es tauchen hierbei die Fragen auf: Inwieweit liegt nachträgliche Unmöglichkeit vor, wenn die Bedingungen zu ihr ganz oder teilweise vor Vertragsschluß liegen? Wie steht es dann, wenn weder der Zeitpunkt des Unmöglichwerdens noch der des Vertragsschlusses feststeht? Im Zweifel wird man sich hier wohl immer für Zulassung des Rücktrittsrecht entscheiden müssen. .

[13]) Mot. Bd. 2 S. 180 (über § 346 E. I); vgl. Titze S. 52 ff.; Kisch bei Fischer S. 27 ff. (hier noch ausführlicher) a. A. Schollmeyer § 275 Anm. 2 b S. 98.

auch verschieden regelt, und da die gesetzlichen Regeln schließlich auch durch Parteivereinbarungen erweitert oder verengert werden können, nur für den einzelnen Fall zu entscheiden. Keineswegs fällt aber immer Vertretungspflicht mit Schuld zusammen, so daß stets nur schuldhaft herbeigeführte Unmöglichkeit ein Rücktrittsrecht begründen würde.[14]) Im allgemeinen muß der Schuldner nach § 276 B.G.B., „soweit nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit vertreten". Wenden wir diese Gesetzesbestimmung auf die hier in Betracht kommenden Fälle der Unmöglichkeit an, so hat der Schuldner im allgemeinen die absichtlich und bewußt schuldhaft herbeigeführte[15]) und die durch Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt veranlaßte Unmöglichkeit zu vertreten. Das Moment der Vertretbarkeit liegt somit hier auf objektivem Gebiete. Die allgemein im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist zu vertreten, und auch der muß sie vertreten, der infolge besonderer Umstände — Alter, Krankheit u. a. m. — unfähig ist, dieselbe auszuüben. Eine Ausnahme bilden die Fälle, in denen zwischen zwei Bekannten ein gegenseitiger Vertrag geschlossen wird und beide sich darüber klar sein müssen, wie weit der andere Sorgfalt auszuüben pflegt.[16]) Es liegt also in diesen beiden allgemeinen Fällen der Vertretbarkeit ein Verschulden des Schuldners wohl vor. Ausnahmen von dieser allgemeinen Vertretungspflicht macht aber das Gesetz in vielen Fällen und nicht nur bei den einzelnen Verträgen. So z. B. hat während des Gläubigerverzuges der Schuldner nur die durch grobe Fahrlässigkeit (§ 300), ist er aber selbst im Verzuge, auch die durch Zufall entstehende (§ 287) Unmöglichkeit zu vertreten. Ferner ist wichtig der § 279, der den Schuldner bei Gattungsschulden sein Unvermögen zur Leistung ohne jedes Verschulden so lange vertreten läßt, als überhaupt noch Leistung aus der Gattung möglich ist, oder wenn die Beschaffung dem Schuldner ungewöhnliche, ihm nach § 242 B.G.B. nicht zuzumutende Opfer aufbürden würde. Bei den einzelnen Verträgen werden wir noch andere Modifikationen der Vertretungspflicht finden. Außerdem muß auch der Schuldner das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, „deren er sich zu Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Maße vertreten wie eigenes Verschulden" (§ 278).

---

[14]) Es kann leicht zu Irrtümern Veranlassung geben, wenn man die Regel aufstellt (wie Hoffmann § 10 a. E. S. 34), daß man von gesetzlichem Rücktrittsrecht im Gesetzbuch nur dann sprechen kann, wenn eine auf dem Verschulden des einen Kontrahenten beruhende Nichterfüllung vorliegt. Dies trifft z. B., abgesehen von den einzelnen Verträgen, im allgemeinen auch schon nicht bei Gattungsschulden zu (s. § 279 B.G.B.).

[15]) Diese Haftung kann ihm nicht im voraus erlassen werden (§ 276 Abs. 2). Eine derartige Handlung hat er jedoch nicht zu vertreten, wenn andere kollidierende Interessen das Unmöglichmachen der Leistung erfordern. Dies trifft nicht nur im Falle des Notstandes zu, sondern schon dann, wenn das Verhüten der Unmöglichkeit ihm nach den Grundsätzen über Treu und Glauben nicht zugemutet zu werden braucht. Eine derartige, wenn auch vorsätzlich herbeigeführte Unmöglichkeit fallt dann unter § 323 B.G.B.

[16]) Kisch bei Fischer S. 96 § 11 Anm. 2; Titze § 5, 1b S. 80.

II. Das zweite mit dem ersten im Zusammenhange stehende allgemeine gesetzliche Rücktrittsrecht gibt § 325 Abs. 2:

„Das Gleiche (d. i. das in Abs. 1 Gesagte) gilt in dem Falle des § 283, wenn nicht die Leistung bis zum Ablaufe der Frist bewirkt wird . . . .“

Der § 283 lautet:

„Ist der Schuldner rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung (hierfür muß das im § 325 Abs. 1 gegebene Rücktrittsrecht gemäß dem Abs. 2 dieses Paragraphen eingesetzt werden) verlangen, soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird.“

Der Zweck dieser Gesetzesbestimmung ist nach den Motiven[17]) eine prozessuale Erleichterung für den aus § 325 rücktrittsberechtigten Gläubiger. Da er die von diesem Paragraphen erforderte Unmöglichkeit der Gegenleistung beweisen muß, dieser Beweis ihm aber oft schwer fallen wird, zumal der Gegner die Unmöglichkeit leicht verheimlichen kann, so gibt der § 283 dem Gläubiger ein Mittel, leichter zum Ziele zu kommen.[18]) Er braucht nur ein Urteil zu erstreiten und nach Rechtskraft desselben dem Schuldner eine angemessene Frist mit der Erklärung zu setzen, er lehne nach deren Ablauf die Erfüllung ab. Nach fruchtlosem Fristablauf steht ihm das Rücktrittsrecht zu, ohne daß es des schwierigen Beweises seinerseits bedarf. Es wird, wie sich die Motive ausdrücken, fingiert, daß die Leistung aus einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande unmöglich geworden sei.

Die Voraussetzungen dieses Rücktrittsrechts bedürfen weiter keiner näheren Erörterung: Ein nach § 705 C.P.O. rechtskräftiges Urteil, das nach § 322 B.G.B. unschwer erstritten werden kann, da selbst dann, wenn der Gläubiger noch nicht geleistet hat und der Schuldner dies einredeweise geltend macht, dennoch das Urteil auf Erfüllung Zug um Zug lautet, und ferner noch eine vom Gläubiger dem Schuldner zum Zwecke der Erfüllung gesetzte angemessene Frist, die der Kläger selbst setzen oder nach § 255 Abs. 1 C.P.O. auch im Urteil festsetzen lassen kann. Die Fristsetzung muß nach § 283 B.G.B. mit der Erklärung des Gläubigers erfolgen, „daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne“. Jedenfalls muß aus den Worten des Gläubigers bei Fristsetzung unzweideutig hervorgehen, daß nach dieser Frist Annahme der Leistung durch ihn ausgeschlossen ist. Bloßes Inaussichtstellen der Nichtannahme genügt nicht.[19]) Die Erklärung der Fristsetzung

---

[17]) Mot. Bd. 2 S. 53 f.

[18]) § 283 bezieht sich auch auf den Fall des Nichtleistenwollens oder des schon anfänglich bestehenden Unvermögens, also auf den Verzug (s. unter III dieses Paragraphen). Auch hierbei wird dem Gläubiger der Beweis erspart.

[19]) vgl. Schollmeyer Anm. 8 zu § 325 S. 209; Planck Bd. 2 Anm. 4 zu § 325 S. 104.

und Ablehnung der Leistung sind einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen und an keine Form gebunden. Sie darf aber erst nach dem Urteile oder zeitigstens im Urteile erfolgen. Über den Begriff „angemessene Frist“ s. unten unter III 1 b.

Eine weitere Voraussetzung gibt § 283 Abs. S. 3. Er schließt den Schadensersatzanspruch und somit gemäß § 325 Abs. 2 auch den Rücktritt aus, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Dies muß vor Ablauf der Frist geschehen, denn nachher ist der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen, und an seine Stelle sind die anderen Rechte getreten. Ferner muß die Unmöglichkeit erst nach dem Urteile eintreten, denn nach § 767 Abs. 2 C.P.O. sind Einwendungen gegen einen durch Urteil festgestellten Anspruch nur insoweit zulässig, als ihre Gründe nach der mündlichen Verhandlung liegen, in der sie spätestens hätten geltend gemacht werden müssen.

Nichtvertretungspflicht des Schuldners schließt mithin den Rücktritt des Gläubigers aus, wenn die Leistung unmöglich wird. Hierunter ist aber nur die völlige Unmöglichkeit, nicht die zeitweise, zu verstehen. Letztere schließt das Rücktrittsrecht, selbst wenn sie auf einem nicht zu vertretenden Umstande beruht, nicht aus.[20])

III. Das in der Geschichte des gesetzlichen Rücktrittsrechts erstrebte Ziel gibt der § 326 des B.G.B.:

„Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge,[21]) so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Abnahme der Leistung mit dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen.“

---

[20]) vgl. Planck Bd. 2 Anm. 3 zu § 283 S. 58; Schollmeyer, Kommentar Anm. 2 zu § 283 und Anm. zu § 327 S. 118 und S. 213. — Die Protokolle der 2. Lesung (Bd. 1 S. 322) sagen hierzu: „Dagegen werde der Zweck der Vorschrift des § 243 (= 283 B.G.B.) wesentlich gefährdet, wenn man dem Schuldner auch die Berufung auf solche Umstände gestatte, welche ihn nur vorübergehend an der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten hindern . . . Auf eine unverschuldete Verhinderung des Schuldners könne . . . ebensowenig Rücksicht genommen werden wie bei dem Rücktritt im Falle des Fixgeschäfts.“ Die Folgen dieses Rücktritts, der nicht auf einem vom Gegner zu vertretenden Umstande beruht, s. unten unter C a dieses Paragraphen.

[21]) Der Verzug stellt sich begrifflich auch als Unmöglichkeit der Erfüllung dar. Er ist eine teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung, und zwar teilweise hinsichtlich der Zeit. Ist die nachträgliche Erfüllung zur Erreichung des Vertragszwecks noch möglich, so liegt teilweise Erfüllung hinsichtlich der Zeit also Verzug vor. Ist die Erreichung des Zweckes jedoch ausgeschlossen, dann liegt völlige Unmöglichkeit vor; dies ist der Fall z. B. bei Fixgeschäft (§ 361 B.G.B.) oder im Falle des § 326 Abs. 2 (s. unter Nr. 2 dieses Abschnittes). Die diesbezüglichen Gesetzesbestimmungen sind eigentlich nur logische Konsequenzen aus der Lehre über Unmöglichkeit. Vgl. hierzu Titze S. 34 ff.

1. Dieser Paragraph hat mannigfache Veränderungen durchgemacht, ehe er mit dem jetzigen Wortlaute Aufnahme ins Gesetzbuch fand. Der erste Entwurf kannte das Rücktrittsrecht nur bei verschuldeter Unmöglichkeit, nicht aber auch bei bloßem Verzuge. Eine Ausnahme machte er nur in zwei Fällen, erstens im Falle der rechtskräftigen Verurteilung mit fruchtlos verstreichender Nachfrist, und zweitens, falls infolge des Schuldnerverzuges die Leistung für den Gläubiger kein Interesse hatte.[22]) Der Entwurf stand somit auf dem gemeinrechtlichen Standpunkte der letzten Zeit.[23]) Die Kommission für die zweite Lesung schenkte jedoch den seitens der Kritiker[24]) des Entwurfs geäußerten schweren Bedenken gegen diesen Standpunkt Gehör und sah von dem Erfordernis des mangelnden Interesses an der Leistung ab, indem sie diesem nur im Abs. 2 des § 326 eine noch weiter gehende Wirkung gab.[25])

Die Kommission[26]) verhehlte sich nicht, daß der erste Standpunkt nicht haltbar sei. Hatte doch von diesem Prinzip der Entwurf bei allen wichtigeren zweiseitigen Verträgen mit Ausnahme des Kaufes und Tausches Ausnahmen von der allgemeinen Regel schaffen müssen. Ebensowenig verkannte sie, daß die Bestimmung des Entwurfs gerade beim Kauf sehr verkehrshindernd gewirkt hätte, da hier der Gläubiger bei allen Geldleistungen — und als solche stellt sich der Kaufpreis immer dar — zum mindesten sein Rücktrittsrecht erst nach Erstreiten eines rechtskräftigen Urteils und Fristsetzung hätte geltend machen können. Aus diesen Erwägungen heraus entschloß sich die Kommission, schon bei bloßem Verzuge ein Rücktrittsrecht dem Gläubiger zu geben, falls er dem Schuldner eine angemessene Nachfrist zur nachträglichen Erfüllung setze und auch diese fruchtlos ablaufe.

a) Die Voraussetzung dieses gesetzlichen Rücktrittsrechts ist zunächst Verzug des Schuldners. Dieser ist gemäß § 284 des Gesetzbuchs bedingt erstens durch Fälligkeit der Schuld, d. i. Eintreten „desjenigen Zeitpunktes, in welchem die Befriedigung des Anspruchs rechtlich verlangt werden kann“,[27]) wenn auch zu diesem Zeitpunkte eine gleichzeitige Verpflichtung zum Leistenmüssen für den Schuldner nicht zu bestehen braucht.[28]) Es ist ein für jeden Einzelfall zu ermittelnder Zeitpunkt.[29])

---

[22]) § 369 Abs. 2 E. I: „Das gleiche (d. i. Rücktrittsrecht wie bei Unmöglichkeit) gilt in dem in § 243 bezeichneten Falle (Urteil und Frist), sowie dann, wenn die Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse hat.“

[23]) s. oben § 4 Nr. 4.

[24]) Insbesondere Lehmann, Ausweitung der debitorischen Verzugsfolge 1891 S. 12 ff.

[25]) Darüber s. unter Nr. 2 dieses Abschnittes.

[26]) Prot. II Bd. 1 S. 644.

[27]) So lautet die Definition der Fälligkeit im § 158 Abs. 1 Entw. I.

[28]) So z. B. befreit das Recht des Erben aus § 2014 diesen bis zum Ablauf der ersten 3 Monate nach Erbschaftsannahme von der Berichtigung der Nachlaßschulden, er ist trotz Fälligkeit zur Leistung nicht verpflichtet. Vgl. insbesondere das Beispiel bei Paech S. 31.

[29]) s. Paech § 4 S. 46 ff.

Die zweite Verzugsbedingung ist vorangegangene Mahnung des Gläubigers. Dies ist eine Kundgebung durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, und zwar ausdrücklich oder stillschweigend, daß er nun auf die Leistung des Schuldners warte.[30]) Sie erübrigt sich in den Fällen, in denen von vornherein der Schuldner sich weigert, seinen Verpflichtungen nachzukommen, weil das Beanspruchen der Mahnung seitens des Schuldners trotz seiner erklärten Leistungsverweigerung gegen Treu und Glauben verstößt.[31]) Die Mahnung wird ersetzt durch einen nach dem Kalender bestimmten Termin. Zahlungsbefehl und Klageerhebung gelten nach § 284 Abs. 1 S. 2 als Mahnung.

Die dritte Verzugsbedingung ist gemäß § 285 des B.G.B. die Vertretungspflicht des Schuldners für das Unterbleiben der Leistung. Bezüglich dieser gilt hier alles das, was über die Vertretungspflicht bei der Unmöglichkeit der Leistung oben unter I Ziffer 3 ausgeführt worden.

b) Außer dem Verzuge des Schuldners setzt das Rücktrittsrecht des § 326 noch die Bestimmung einer angemessenen Nachfrist durch den Gläubiger voraus, die mit der Erklärung gesetzt werden muß, die Annahme der Leistung nach Ablauf dieser Frist ablehnen zu wollen. Über die Erklärung ist schon oben unter II im Falle des § 283 gesprochen worden. Dasselbe gilt auch hier. Über die Ausübung des Fristbestimmungsrechts findet sich keine Gesetzesbestimmung. Die Angemessenheit richtet sich nach Treu und Glauben und ist zu beurteilen von dem Gesichtspunkte aus, daß sie dem Schuldner noch die Möglichkeit zur nachträglichen Leistung geben soll. Es kommt die ursprüngliche zur Vertragserfüllung gewährte Frist in Betracht und die durch Sachverständige zu ermittelnde gewöhnlich zu derartigen Verträgen erforderliche Frist. Die letztere vermindert um die erstere wird gewöhnlich die angemessene Frist darstellen.[32]) In Zweifelsfällen unterliegt sie der richterlichen Begutachtung. Umgekehrt darf aber bei der Fristsetzung auch das Gläubigerinteresse nicht außer acht gelassen werden. M. E. muß als angemessene Frist immer die gelten, innerhalb deren allein die Vertragserfüllung für den Gläubiger noch Interesse haben kann, solange die Erfüllung hiernach noch als Vertragserfüllung, wenn auch verspätete, gelten kann. Dies ist immer das Höchstmaß der Frist, eine längere kann dem Gläubiger nicht zugemutet werden, selbst wenn sie vom objektiven Standpunkte aus als nicht angemessen gelten sollte. Als Maßstab ist daher auch immer das Interesse des Gläubigers anzulegen. Kommt dieses in Fortfall, dann ist

---

[30]) s. hierüber Paech S. 47 § 4 und S. 49; Staub, Handelsrecht (7. Aufl. 1900), Exkurs zu § 374 Anm. 12 Bd. 2 S. 1274.

[31]) Paech S. 81. Als Analogon könnte man wohl die Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 53 S. 12) anführen, nach welcher auch die Nachfrist sich erübrigt, wenn der Schuldner von vornherein nicht leisten zu wollen erklärt hat, weil das Erfordernis der Nachfrist daran zwecklos wäre und den Regeln über Treu und Glauben widerspreche. Darüber s. weiter unten; a. A. Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 12 und 43 S. 1275 und 1284.

[32]) s. Titze S. 39 und 40.

eine weitere Frist ausgeschlossen. Eine interesselose Leistung braucht er sich nicht aufdrängen zu lassen. Berechtigt ihn mangelndes Interesse schon, wie unter 2 auszuführen ist, bei bloßem Verzuge sofort ohne Nachfrist zurückzutreten, so kann aus denselben Gründen, falls er Nachfrist bewilligt, nicht ohne Rücksicht auf sein im ersten Falle geschütztes Interesse noch nach dessen Wegfall Erfüllung erfolgen.[33]) Diese Erklärung darf aber nicht zur Spekulation ausgenützt werden, sondern die Fristbestimmung muß auf in dem Vertrage liegende Momente gestützt sein, ein später aus anderen Gründen fortfallendes Interesse ändert nichts an der Fristsetzung.[34])

Diese Vorschriften über Nachfrist hat das Bürgerliche Gesetzbuch von dem alten Handelsgesetzbuch übernommen. Da sich in dessen Bereich eine durch Gewohnheit und Rechtsprechung gefestigte Praxis schon gebildet hat, ein wichtiger Grund, hiervon beim Bürgerlichen Gesetzbuch abzugehen, auch nicht besteht, so werden die im Handelsrecht entwickelten Rechtssätze auch für die Fristsetzung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch gelten müssen.[35]) Daraus ergibt sich folgendes:

Ist bloße Ablehnung der Erfüllung ausgesprochen, eine angemessene Nachfrist vom Gläubiger aber nicht gesetzt, jedoch in Wirklichkeit von ihm abgewartet, so besteht trotzdem das Rücktrittsrecht. Eine ausdrückliche Fristbestimmung ist also nicht erforderlich, wenn nur vor Geltendmachung des Rücktritts eine solche abgewartet ist. Die andere sich streng auf den Wortlaut des Gesetzes stützende Ansicht, die eine ausdrückliche und angemessene Fristsetzung für notwendig hält, widerspricht dem praktischen Grundgedanken, aus dem diese Gesetzesbestimmungen hervorgingen, und führt zu einem mit der Verkehrssitte nicht in Einklang zu bringenden

[33]) Ein Getreidezwischenhändler bestellt von einem Großhändler 1000 Sack amerikanischen Weizen, zu liefern Ende Mai bis Anfang Juni 1903. Der Zwischenhändler ist auf Grund dieser Bestellung Lieferungsverpflichtungen an dritte Käufer auf spätestens den 1. Juli eingegangen. Weil der Großhändler nicht liefert, mahnt ihn der Zwischenhändler am 15. Juni, so daß ersterer in Verzug kommt. Da der Zwischenhändler noch Interesse an der Erfüllung hat, kann er erst nach Fristsetzung zurücktreten. Trotzdem ist der Zwischenhändler zu keiner längeren Frist wie bis Ende Juni — als höchstens 2 Wochen — verpflichtet, wenngleich sich vielleicht der Großhändler in dieser kurzen Frist andere Ware zur Lieferung unmöglich verschaffen kann, die Frist somit objektiv nicht als angemessene gelten mag.

[34]) Erfolgt z. B. in dem in der vorigen Anmerkung angeführten Beispiel die Mahnung des Zwischenhändlers am 1. Juni und setzt er demgemäß dem Großhändler eine Nachfrist von 4 Wochen, weil er ja solange noch Interesse hat, so ist er gleichwohl daran gebunden, wenn auch seine Käufer am 15. Juni in Konkurs geraten sollten. Das Interesse am Vertrage ist ihm dadurch vielleicht verloren gegangen, doch genügt dieses nicht zum Rücktritt. Die ursprünglich für den Vertrag maßgebenden Momente, die eine Frist von 4 Wochen rechtfertigten, bleiben bestehen und mit ihnen auch die Frist.

[35]) vgl. Dernburg, B.G.B. Bd. 2 Abt. I § 98, IV S. 213 ff; Cosack B.G.B. Bd. 1 § 123, 2c S. 422 f. Es ist nicht anzunehmen, daß die Ausdrucksweise des Gesetzbuchs, das nicht von einem „Gewähren“ einer Nachfrist wie Art. 356 H.G.B., sondern von einer Fristbestimmung spricht, eine Änderung der Sachlage hervorrufen wollte.

Formalismus.[36]) Es genügt auch die bloße Erklärung, nach einer angemessenen Frist die Leistung abzulehnen, ohne etwas Näheres über die Länge dieser Frist dem Schuldner mitzuteilen. Ferner muß man auch annehmen, daß eine zu kurz bestimmte Frist nicht unwirksam ist und die Bestimmung einer neuen angemessenen erfordert, vielmehr daß an ihre Stelle von selbst eine angemessene tritt.[37]) Die gegenteilige Ansicht hätte zur Folge, daß auch dann Fristsetzung erfolgen müsse, wenn der Gegenkontrahent von Anfang an die Erfüllung verweigert. Dies wäre aber in der Praxis widersinnig und ist auch nach einer neueren Reichsgerichtsentscheidung (Bd. 53 S. 12) ausdrücklich abgelehnt.[38]) Ist die gesetzte Frist länger als erforderlich, so hat es mit ihr sein Bewenden, denn die einmal erklärte Frist bindet den Gläubiger. Auch der Schuldner kann ein Recht aus der Fristsetzung herleiten. Er braucht sich eine Verlängerung der Frist nicht gefallen zu lassen, sondern kann nach Ablauf sofort dem Gläubiger die Frist aus § 355 zur Geltendmachung des Rücktritts setzen.

2. Von diesem Erfordernisse der Fristsetzung ist im Gesetzbuch in einem Falle, dem des § 326 Abs. 2, abgesehen, außer dem oben erwähnten aus den Grundsätzen über Treu und Glauben gefolgerten Falle der vorherigen Weigerung des Schuldners zur Leistung. (§ 326 Abs. 2):

„Hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzugs für den andern Teil kein Interesse, so stehen ihm die im Abs. 1 (also auch Rücktritt) bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf."

Der Wortlaut dieser Gesetzesvorschrift wurde erst in der zweiten Lesung festgestellt. Insbesondere wurde die wichtige Änderung getroffen,[39]) daß der Gläubiger nicht wegen mangelnden Interesses an der „Leistung", sondern an der „Erfüllung" zum Rücktritt berechtigt sei. Mit Recht führen die Protokolle aus, worauf schon oben in der Geschichte des Rücktritts beim gemeinen Recht aufmerksam gemacht wurde, daß Nichtinteresse an der Leistung oft schwer, bei Geldleistungen fast immer unmöglich zu beweisen sei. Anders liegt es dagegen, wenn für Leistung „Erfüllung" gesetzt wird. Jetzt ist nicht die Schuldnerleistung das einzig Maßgebende, sondern neben ihr auch die des Gläubigers und das gegenseitige Verhältnis zu einander. Jeder einzelne Beweis des Nichtinteresses an einem dieser drei Punkte genügt zum Rücktritt. Der Beweis ist ein negativer

---

[36]) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 8 S. 127.

[37]) Ebenso Dernburg und Cosack a. a. O.; Ebert bei Fischer-Henle Anm. 1 zu § 250; Titze § 7 S. 147; Paech S. 157; Schellen S. 43 f.; a. A. Planck II Anm. 2 zu § 250 S. 19 f.; Oertmann Anm. 3 ibid. S. 14; Schollmeyer Anm. 5 ibid. S. 31 f.; Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 74 f. S. 1292; Saenger, Der Verzug beim Kaufe nach heutigem Recht, Diss. Leipzig 1902, S. 12 f.

[38]) Ebenso Denkschrift zum Handelsgesetzbuch S. 221; a. A. Saenger, S. 12; Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 75 S. 1292.

[39]) Prot. II Bd. 2 S. 62 ff.

-- Nichtinteresse an der Erfüllung —, nicht ein positiver — Interesse an der Nichterfüllung —. Da letzterer der schwerere ist, genügt er infolgedessen unter allen Umständen.[40])

Das mangelnde Interesse an der Erfüllung muß aber mit dem Verzuge im ursächlichen Zusammenhange stehen, der Vertragszweck muß infolge des Leistungsverzugs vereitelt sein. Eine Vereitelung desselben durch außerhalb des Vertrags liegende Momente bewirkt kein mangelndes Interesse im Sinne des § 326. Bestelle ich für meinen Sohn einen Anzug, so kann ich, falls das Geschäft nicht als Fixgeschäft gedacht ist, bei Schuldnerverzug nicht deshalb aus Mangel an Erfüllungsinteresse zurücktreten, weil mein Sohn in der Zwischenzeit gestorben ist. Hier ermangelt der Vertrag für mich an Interesse aus Umständen, die mit dem Vertrage und dem Verzuge nichts zu tun haben.[41]) Keines Beweises des mangelnden Interesses bedarf es bei Fixgeschäften, da hier die gesetzliche Vermutung aus § 361 B.G.B. für mangelndes Interesse spricht, falls nicht aus dem Vertrage das Gegenteil zu entnehmen ist.

Ob der Vertragsgegner von dem mangelnden Interesse des Gegners bei Verzug Kenntnis hatte, oder ob er aus den Umständen etwas Gegenteiliges vermuten konnte, kommt für das Rücktrittsrecht nicht in Betracht. Das fristlose Rücktrittsrecht steht gleichwohl dem Gläubiger zu.[42])

IV. Es sind noch zwei gesetzliche Rücktrittsrechte der §§ 326, 325, 283 hier zu besprechen, die das Gesetzbuch bei teilweiser Erfüllung gibt.

Das Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrage ist gegeben

1. bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes und

2. bei teilweiser Erfüllung des Vertrages innerhalb der bei Verzug oder nach rechtskräftiger Verurteilung gesetzten Nachfrist. In beiden Fällen ist Voraussetzung, daß der Gläubiger an der teilweisen Erfüllung kein Interesse hat.

Die Voraussetzungen für diese Rücktrittsrechte sind alle schon vorher besprochen worden. Es erübrigt sich jetzt nur noch, etwas über „teilweise" Erfüllung und Unmöglichkeit und über den Begriff „Interesse" an der Erfüllung sagen.

a) Der Begriff „teilweise" Erfüllung ist ein flüssiger und nur für den einzelnen Fall zu entscheiden. Es kommt immer auf die Parteiabsicht und den Zweck des Vertragsabschlusses an, der selbst begrifflich teilbare Leistungen, falls sie Gegenstand des Vertrages sind, als im Sinne der Parteien unteilbare hinstellen kann. Vor allem ist auch bei den Verträgen stets darauf zu achten, worin überhaupt die gesamte Gegenleistung

---

[40]) s. Schöller Bd. 44 S. 617 Anm. 6.

[41]) s. Paech S. 162.

[42]) s. Cosack, B.G.B. Bd. 1 S. 422 Beispiel zu b; Dernburg, B.G.B. Bd. 2 Abt. 1 S. 213 Anm. 3; Titze S. 40 Anm. 11. — Nur für den Schadensersatz kann es insofern wichtig sein, als Unterlassung der Anzeige eines bei Verzug entstehenden ungewöhnlich hohen Schadens nach § 254 Abs. 2 auch den Gläubiger zu Schadensersatz verpflichtet.

besteht. Diese beschränkt sich sehr oft nicht nur auf die Leistung des Vertragsgegenstandes, sondern umfaßt noch andere Verpflichtungen der Vertragspartei, so z. B. Mitwirkung bei der Preisbestimmung beim Kauf, Beschränkung des Weiterverkaufs auf einen bestimmten lokalen Bezirk u. a. m. Diese Verpflichtungen können im einzelnen Falle bloße Nebenverpflichtungen sein, deren Nichterfüllung auf den Vertrag und dessen Erfüllung hinsichtlich des Hauptgegenstandes ohne Einfluß bleibt, sie können aber auch zur Gegenleistung gemacht sein und ihre Nichterfüllung eine teilweise Unmöglichkeit begründen, für die dann die hier zu besprechenden Regeln Anwendung finden. Die derartige Auslegung der einzelnen Verträge muß im Sinne des in ihnen zum Ausdruck gekommenen und erkennbaren Parteiwillens erfolgen. Allgemeine Regeln lassen sich nicht aufstellen. Daran ist ferner festzuhalten, was besonders Schöller[43]) ausführt, daß eine teilweise Leistung nicht nur bei teilbaren Leistungen möglich ist, sondern ebenso auch bei unteilbaren, deren Erfüllung nicht vollständig erfolgt. Es ist der Fall leicht denkbar, daß, falls z. B. ein völlig gleichartiges Viergespann den Vertragsgegenstand bildet, der Tod eines Pferdes trotz der Unteilbarkeit der Leistung eine teilweise Erfüllung für den Gegner noch ermöglicht, wenn ihm Gelegenheit geboten ist, sich anderweit ein gleichartiges passendes viertes Pferd zu kaufen (Schöller l. c.). Die Erfüllung kann eine teilweise sein in zeitlicher oder örtlicher Beziehung oder auch in Beziehung auf den Gegenstand der Leistung. Der erste Fall liegt vor, wenn ich einen für einen ganzen Tag bestellten Spazierwagen nur für den Nachmittag erhalte, der zweite, wenn mir eine in mein Haus lieferbare Ware nur bis zur nächsten Bahnstation geliefert wird; ein Beispiel der letzten Art ist das oben angeführte des Kaufes eines Viergespanns, bei welchem ein Pferd krepiert.

b) Unter „Interesse" ist der Wert, die wirtschaftliche Bedeutung, welche die Vertragserfüllung für den Gläubiger hat, zu verstehen. Dieses ist aber nicht vom objektiven Standpunkte des Dritten aus zu entscheiden, sondern vollständig subjektiv vom Gläubigerstandpunkte, da diese Gesetzesbestimmung lediglich zugunsten des Gläubigers gegeben ist.[44]) Maßgebend ist auch hier der Vertragszweck, wenn er auch dem Schuldner nicht bekannt ist.[45]) Die Folge hiervon ist aber nicht, daß schon eine Werterhöhung der schuldnerischen Teilleistung bei sich gleich bleibendem Wert der Leistung des Gläubigers Grund für den Ausschluß des Rücktrittsrechts ist. Wenn auch hier ein vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers entstehen kann, für seine Leistung die höher zu bewertende Teilleistung des Schuldners zu erhalten, so genügt dies doch nicht zur

---

[43]) Schöller Bd. 45 S. 541 f.

[44]) Kisch bei Fischer S. 190.

[45]) Ist dem Schuldner der Zweck des Vertrages und somit auch der Umstand, daß die teilweise Erfüllung für den Gläubiger kein Interesse haben kann, bekannt, so kann, wie Kisch (l. c. I 188) bemerkt, die Unteilbarkeit der Erfüllung als vertragsmäßig ausbedungen gelten und wegen völliger Nichterfüllung das Rücktrittsrecht ohne jeden Nachweis mangelnden Interesses begründet sein.

Begründung des Interesses an der teilweisen Erfüllung im Sinne dieses Paragraphen. Der Gläubiger hat vielleicht trotz der Werterhöhung für die Sache keine Verwendung, das Ziel, welches er bei dem Vertragsabschluß im Auge hatte, ist infolge der immerhin wertvollen Teilleistung nicht erreichbar, ihm mangelt daher nach wie vor das Interesse an der teilweisen Erfüllung. Umgekehrt gibt aber eine Wertminderung dem Gläubiger kein Rücktrittsrecht, wenn zwar ein Verlust für ihn die Folge ist, jedoch das Interesse an der Teilerfüllung nicht fehlt.[46])

Der Beweis des mangelnden Interesses liegt dem Gläubiger ob und zwar auch dann, wenn der Schuldner das Bestehen eines Interesses für den Gläubiger aus einem anderen Grunde behauptet, als der Gläubiger angegeben hat. Die Ausführungen des Schuldners sind hier substantiiertes Bestreiten der gegnerischen Behauptung.[47])

Als Zeitpunkt für das mangelnde Interesse kommt nicht der Vertragsabschluß, sondern der Erfüllungstermin in Betracht. Dies besagt nicht nur der Wortlaut des Gesetzes (§ 325 Abs. 1 S. 2: . . „kein Interesse hat"), sondern es ist auch die in den Vorarbeiten[48]) maßgebende Anschauung.

Der Ausdruck des § 326 Abs. 1 S. 3 „Wird die Leistung bis zum Ablauf der Frist teilweise nicht bewirkt," ist nicht etwa so zu verstehen, als wenn der Grund zum Rücktritt nur eine interesselose teilweise Erfüllung innerhalb der gesetzten Nachfrist bilde, sondern die teilweise Leistung kann auch schon vor Beginn der Frist erfolgt sein. Dies ergibt sich aus den Vorarbeiten.[49])

V. Es ist hier noch kurz auf eine in neuerer Zeit ergangene Reichsgerichtsentscheidung[50]) einzugehen, welche dem Rücktrittsrecht des Bürger-

---

[46]) vgl. das Beispiel in Anm. 16 S. 188 bei Kisch l. c.: Ein Geschäftsmann kauft Waren im Werte von 1000 für 1200. Die eine Hälfte wird durch die Schuld des Verkäufers vernichtet, die andere kann jedoch im Geschäft des Käufers verwendet werden. Wenngleich der Käufer hier einen Verlust von 100 bei der Teilleistung hatte, so kann er doch nicht vom ganzen Vertrage unter Ablehnung der Teilerfüllung zurücktreten, da ihm hier das Erfüllungsinteresse nicht mangelt. A. A. scheinbar Paech S. 169 Abs. 1.

[47]) Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem bürgerl. Recht in Fischers Abhandlungen VII 1 S. 111.

[48]) Der Wegfall des Interesses ist für die Gegenwart festzustellen. Mot. Bd. 2 S. 216; Kleineidam a. a. O.; Kisch l. c. S. 189.

[49]) S. hierüber besonders die Reichsgerichtsentscheidung vom 22. Januar 1901 (Bd. 50 S. 138 bis 143) und die darin enthaltenen, auf die Vorarbeiten gestützte, ausführliche Begründung.

[50]) Entscheidung vom 6. 3. 1903. R.G. Bd. 54 S. 98 ff.: Nach dem Lieferungsvertrage sollte Klägerin nur dasjenige Quantum Kies bezahlt erhalten, das durch Ausmessung des fertiggestellten Betonmauerwerks nachgewiesen wird. Ungeachtet wiederholter Verwahrungen seitens der Klägerin habe jedoch die Beklagte den gelieferten Kies außer zur Herstellung dieses Betonmauerwerks auch zu den verschiedenartigsten anderen Arbeiten verwendet und hiermit die durch die Art der Preisberechnung für selbstverständlich zu erachtende Voraussetzung, daß der Kies ausschließlich zum Betonmauerwerk des Tunnelbaus verwendet würde, durch schuldhaft positive Rechtsverletzungsakte unmöglich gemacht. Daher sei der Rücktritt gerechtfertigt.

lichen Gesetzbuchs eine gewaltige Ausdehnung zu geben scheint. Sie gibt den Rücktritt vom gegenseitigen Vertrage auch in den Fällen, in welchen durch positive Vertragsverletzung seitens der einen Vertragspartei die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet wird, indem sie dieses Rücktrittsrecht durch Analogie aus den dem § 226 B.G.B. zugrunde liegenden Rechtsgedanken folgert. Nach den Ausführungen dieser Entscheidung kann das Verschulden des einen Vertragsteils nicht nur darin bestehen, daß er seine Leistung schuldhaft unmöglich macht oder verzögert, sondern ferner auch darin, daß er sich positive Vertragsverletzungen zuschulden kommen läßt, durch die die ihm obliegende Leistung weder unmöglich gemacht noch verzögert wird. Durch den § 326 wolle das Gesetz nur den Gedanken zum Ausdruck bringen, daß das schuldhafte Unterlassen der Vertragserfüllung in Anbetracht der funktionellen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung den anderen Vertragsteil wegen der in diesem Verhalten liegenden Gefährdung des Vertragszwecks dazu berechtige, durch den Rücktritt im Interesse der Verkehrssicherheit eine alsbald klare Rechtslage zu schaffen. Da auch bei dem schuldhaften positiven Rechtsverletzungsakte des einen Teils die gleichen Gesichtspunkte zuträfen, müsse auch in diesem Falle der Rücktritt gewährt werden und zwar um so mehr, als das Gesetz durch seinen Wortlaut keineswegs den Rücktritt auf den Fall des Verzuges beschränken wolle, sondern nur unter dem Banne der Mommsen'schen Abhandlungen,[51]) in denen alle Fälle der positiven Vertragsverletzung in den Rahmen der Unmöglichkeit der Leistung gebracht würden,[52]) eine allgemeinere Fassung dieses Paragraphen unterlassen habe. Die Rechtsprechung müsse daher durch Gewährung des Rücktritts dem Rechtsgedanken Geltung verschaffen, der den §§ 325, 326 zugrunde liege.

In dieser Entscheidung ist das Reichsgericht einer Anregung Staubs[53]) gefolgt, der in seiner Abhandlung die Grundsätze entwickelt hat, welche das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legt. Eine derartige analoge Gesetzesauslegung, durch welche mehr aus dem Rechtsgefühl heraus als aus positiven in den Vorarbeiten zum Gesetze vielleicht enthaltenen Gesichtspunkten den beiden Paragraphen des Gesetzbuchs (325, 326) ein allgemeiner

---

[51]) Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I. Abt.: Die Unmöglichkeit der Leistung 1853.

[52]) Dieser Mommsenschen Anschauung könne nicht beigetreten werden, denn der vorliegende Fall gestatte nicht die Annahme, daß nach dem Vertrage die Verwendung des Kieses zu dem Betonmauerwerke des Tunnels ein Teil der positiven Vertragsleistung der Beklagten war und darnach dessen Verwendung zu anderen Arbeiten eine Unmöglichkeit der Erfüllung dieser positiven Vertragsleistung nach § 325 zu begründen geeignet wäre. Da aber durch anderweite Verwendung des Kieses das im Vertrage vorgesehene Mittel zur Preisfestsetzung der Klägerin entzogen war und in diesem Umfange eine Unterlassungspflicht für Beklagte bestanden habe, liege eine der Beklagten zur Last zu legende positive Vertragsverletzung vor (R.G. a. a. O.).

[53]) Festschrift der Guttentag'schen Verlagsbuchhandlung für den 26. deutschen Juristentag (1902) S. 29ff.: Staub, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen.

Rechtsgedanke zugrunde gelegt wird und von diesem aus neue den im Gesetzbuche enthaltenen Paragraphen koordinierte Gesetzesbestimmungen gefolgert werden, sollte erst in äußerster Notlage erfolgen, also nur dann, wenn die gegebenen Bestimmungen wirklich zu eng geworden sind und den Verkehrsbedürfnissen sich nicht mehr anpassen können. Eine derartige vom höchsten Gerichtshofe ausgehende Erweiterung des Gesetzes kann nicht nur die niederen Gerichte leicht veranlassen, kritiklos die höchste Entscheidung als Gesetzesquelle direkt neben das Gesetz zu stellen, sondern kann sie auch zu ähnlichen aus allgemeinen Rechtsgedanken heraus gefolgerten analogen Auslegungen begeistern, durch die dann die Einheitlichkeit und Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung leicht gefährdet werden kann, da nicht alle derartigen Entscheidungen der Kontrolle durch den höchsten Gerichtshof unterliegen. Auch Dernburg[54]) macht gegenüber dieser Abhandlung Staubs darauf aufmerksam, daß uns nicht das Rechtsgefühl bei der Entscheidung leiten dürfe, wie zur Zeit der Schöffen, die nach ihrer Überzeugung die Rechtssachen beurteilten, sondern daß das Gesetz für uns die Schranken bilde und Analogie nur dann am Platze sei, wenn es sich um die Entscheidung im Gesetz nicht besonders geregelter Fälle handle. Daher bleibt zu prüfen, ob das Gesetz im vorliegenden Falle, mit dessen Entscheidung es das Reichsgericht zu tun hatte, uns wirklich im Stiche läßt. Hierbei muß auch etwas auf die Abhandlung Staubs eingegangen werden. Diese interessiert hier in ihrem ersten Teile nicht, weil sie nur den Schadensersatzanspruch bei Verletzung positiver Vertragsbestimmungen behandelt.[55]) In ihrem zweiten Teile jedoch (S. 44 ff.) spricht Staub auch über den Rücktritt. Wie auch Kipp[56]) hervorhebt, verbindet Staub hier zwei von einander zu sondernde Fälle, nämlich den, daß jemand tut, was er nach dem Vertrage unterlassen soll, und ferner den, daß jemand eine Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft. Dieser zweite Fall ist erst in der Lehre vom Kaufe zu besprechen, wenn es sich um die Frage handelt, inwieweit die allgemeinen Rücktrittsgrundsätze auf den Kauf Anwendung finden. Der erste von Staub angeführte Fall, zu welchem auch der dem Reichsgericht zur Entscheidung unterbreitete gehört, ordnet sich aber, ohne daß besondere künstliche Konstruktionen[57]) erforderlich sind, den Bestimmungen der §§ 325, 326 unter. Es ist schon unter IV dieses Paragraphen darauf hingewiesen, daß es bei den einzelnen gegenseitigen Verträgen immer darauf ankommt, welche Leistungen und

---

[54]) vgl. die Abhandlung Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung, Juristenzeitung 1903 S. 1 ff.

[55]) Es mag hier nur angedeutet werden, daß von Staub gar nicht darüber Betrachtungen angestellt werden, inwieweit die Regeln aus § 823 B.G.B. auf seine der Praxis entnommenen Fälle seiner Meinung nach Anwendung finden. Ich möchte mich hier den Ausführungen Kipps anschließen (Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen, Deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1903 S. 253 ff.

[56]) Kipp a. a. O. S. 253 Abs. 2.

[57]) Wenn Staub (a. a. O. S. 40) die Konstruktion Schöllers über die Unmöglichkeit eine gekünstelte und geschraubte nennt, so möchte ich dies nur insoweit unterschreiben, als Schöller in der mangelhaften Leistung einer Vertrags-

Gegenleistungen in synallagmatischem Verhältnisse zu einander stehen. Dies hängt ganz vom Parteiwillen ab, soweit er im Vertrage selbst zum Ausdruck gekommen oder aus den Umständen zu entnehmen ist.[58]) Wenn nun die eine Vertragspartei außer zur Leistung des Vertragsgegenstandes auch noch weiterhin dazu verpflichtet ist, etwas Bestimmtes, Positives zu tun oder zu unterlassen, so ist diese Verpflichtung in den meisten Fällen und zwar wohl immer grade dann als Teil der Gegenleistung, nicht als bloße Nebenverpflichtung anzusehen, wenn durch die Nichterfüllung der übernommenen Verpflichtung oder durch das Zuwiderhandeln gegen das Unterlassungsgebot der Vertragszweck gefährdet wird, mithin in allen Fällen, in denen das Reichsgericht durch analoge Auslegung den Rücktritt gewähren will. In der Gefährdung des Vertragszwecks durch eine derartige Vertragsverletzung ist doch genügend erkennbar gemacht, daß die gleichzeitig neben der Leistungspflicht bestehende Verpflichtung von höchster Wichtigkeit für den Vertrag ist und keineswegs als bloße Nebenverpflichtung anzusehen ist, deren Verletzung, abgesehen von einer eventuell entstehenden Schadensersatzpflicht, auf den Vertrag selbst ohne Einfluß ist. Die Nichterfüllung dieser weiteren Vertragspflicht stellt sich somit in den einzelnen Fällen als Unmöglichkeit oder Verzögerung der Teilerfüllung juristisch dar. Wenn hierdurch auch eine Gefährdung des ganzen Vertragszwecks erfolgt, so wird auch immer einer von den Fällen vorliegen, in denen die teilweise Erfüllung des Vertrages für den vertragstreuen Teil kein Interesse hat. Mithin ist nach den vorher entwickelten Regeln der Rücktritt vom ganzen Vertrage gegeben, und zwar mit oder ohne vorherige Fristsetzung. Die vom Reichsgericht offen gelassene Frage, wie sich in diesen Fällen die Anwendung des Rücktritts gestalte, ob insbesondere

---

partei eine Unterlassung des Andersleistens und dadurch begründete Unmöglichkeit sieht. Zu dieser gewaltsamen Auslegung hält sich Schöller, der das Geschraubte in ihr keineswegs verkennt (Bd. 46 S. 25 ff.), nur deshalb gezwungen, um dem Käufer bei schuldhaft mangelhafter Leistung des Verkäufers einen Schadensersatzanspruch aus den allgemeinen Bestimmungen zu sichern. Darüber ist aber beim Kauf noch zu sprechen.

[58]) vgl. hierzu Schöller Bd. 45 S. 345: „Bei gegenseitigen Verträgen ist allerdings wohl darauf zu achten, ob die der einen Partei obliegende Verpflichtung das Äquivalent der Leistung der anderen Partei bildet, ob sie wirklich synallagmatischen Charakter hat. Dies kann insbesondere bei Nebenverbindlichkeiten zuweilen zweifelhaft sein. An und für sich ist aber im Zweifel davon auszugehen, daß sämtliche Verbindlichkeiten, die der eine Teil durch den gegenseitigen Vertrag übernimmt, mit sämtlichen Verbindlichkeiten des andern Teiles im Verhältnisse der Gegenleistung stehen und daß demnach die Nichterfüllung oder Unmöglichkeit auch jeder einzelnen Nebenverbindlichkeit die teilweise, unter Umständen sogar die vollständige Aufhebung des Vertrages nach sich zieht." Treu und Glauben und Rücksicht auf die Verkehrssitte sind auch hier für die Auslegung bestimmend. Verhältnismäßig unerhebliche Vertragswidrigkeiten verpflichten nur zum Schadensersatz wegen teilweiser Nichtleistung, wofür Schöller zum Vergleich noch den § 542 Abs. 2 B.G.B. anführt (vgl. hierzu noch Kisch bei Fischer S. 7 IV; Paech S. 151). Staub gibt auch in seinem Kommentar diesen erweiterten Begriff der Gegenleistung bei „gemischten Geschäften" zu Anm. 148 im Exkurs zu § 374 H.G.B. S. 1310, während er in den Anm. 143—147 die Bedeutung der Nichterfüllung von Nebenverpflichtungen für die §§ 325, 326 H.G.B. lebhaft bestreitet.

Fristsetzung erforderlich sei oder nicht, ist hiernach genau nach den Regeln zu beurteilen, die bei der Besprechung der §§ 325, 326 entwickelt worden sind. Wenden wir nun die hier entwickelten Grundsätze auf den Fall der Reichsgerichtsentscheidung an, so kommen wir zu dem von Kipp[59]) gefundenen Resultate, daß durch die im Vertrage zum Ausdruck gekommene Art der Preisberechnung für den Käufer die positive, als Gegenleistung anzusehende Pflicht formuliert werden müsse, zur Feststellung des vereinbarten Preises mitzuwirken. Es liegt also keine dahingehende Unterlassungspflicht vor, den entnommenen Kies nicht zu andern Zwecken, sondern nur zum Tunnelbau zu verwenden, sondern die positive Pflicht zur Mitwirkung an der Feststellung des Preisanspruchs. Dieser konnte die Beklagte sowohl dadurch nachkommen, daß sie den Kies ausschließlich zum Tunnelbau verwertete, oder auch dadurch, daß sie den gelieferten Kies vor jeder Verwendung messen ließ. Im letzteren Falle konnte sie ihn auch zu jedem anderen Zwecke verwenden. Durch die Handlungsweise der Beklagten war die Unmöglichkeit der Teilerfüllung ihrer Gegenleistung begründet und für die Klägerin mangels eines Interesses an der Teilerfüllung der Rücktritt aus § 325 gegeben. Hier ist also lediglich der Begriff der Gegenleistung etwas weiter gefaßt als in der Reichsgerichtsentscheidung, der Rücktritt ergibt sich dann von selbst aus den Bestimmungen des Gesetzbuchs ohne irgendwelche Analogieschlüsse.

Daß die Nichterfüllung einer Unterlassungspflicht, also die vertragswidrige Vornahme einer durch den Vertrag verbotenen Handlung nicht oder nur sehr künstlich unter den Begriff der Unmöglichkeit der Leistung zu bringen sei, vermag ich nicht einzusehen. Es sind doch leicht Fälle denkbar, in denen die Gegenleistung lediglich in der Verpflichtung zu einer Unterlassung besteht, ohne daß noch eine andere Gegenleistungspflicht der anderen Vertragspartei obliegt. Daß auch derartige Verträge den Gegenstand der Beratung in den Kommissionen gebildet haben, geht schon daraus hervor, daß sich im ursprünglichen Entwurf ein Paragraph über derartige Leistungen fand, der dann als selbstverständlich gestrichen wurde.[60]) Und trotzdem sollten bei der definitiven Fassung des Gesetzes derartige Fälle ungeregelt geblieben sein, so daß man notwendigerweise zur Analogie seine Zuflucht nehmen muß? Man stelle sich z. B. folgenden Fall vor: Ein reicher Villenbesitzer verspricht dem Inhaber eines in der Nähe der Villa liegenden Konzertetablissements alljährlich dafür eine Summe Geldes, daß in dem Etablissement nicht ein Blas-, sondern nur ein Streichorchester konzertiere. Der Villenbesitzer will sich hierdurch vor Störung durch

---

[59]) Kipp a. a. O. S. 254.

[60]) vgl. Protokolle der 1. Lesung 126. Sitzung S. 1151. Hier ist über einen § 8 des Entwurfs länger beraten und dieser dann gestrichen worden, der so lautete: „Ist die Verbindlichkeit auf die Unterlassung einer Handlung gerichtet und nimmt der Schuldner die Handlung dennoch vor, so kann der Gläubiger neben der Wiederherstellung des früheren Zustandes (dies ist ja der erst später genau umgrenzte Rücktritt!) und dem Ersatze des ihm verursachten Schadens die Androhung einer Geld- oder Haftstrafe für den Fall künftiger Zuwiderhandlung verlangen."

lärmende Blasmusik schützen. Beschäftigt nun der Inhaber des Etablissements entgegen dem Vertrage ein Blasorchester, so macht er eben seine Gegenleistung unmöglich und gibt dem anderen Teile ein Rücktrittsrecht. Etwas Geschraubtes kann ich in dieser Konstruktion nicht finden. Die beiden uns hier interessierenden von Staub in seiner Abhandlung (S. 45) angeführten Beispiele[61]) lassen sich auch bequem nach §§ 325, 326 beurteilen. Sobald die Verpflichteten der Unterlassungspflicht schuldhaft zuwider handeln, ist für den Gegner der Rücktritt vom Vertrage aus § 325 Abs. 1 S. 2 gegeben. Staub gibt selbst in seinem Lehrbuch[62]) für diese Fälle noch den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages aus den §§ 325, 326 B.G.B., mithin wohl auch das Rücktrittsrecht.

C. Die in den §§ 325, 326 B.G.B. gegebenen vorstehend besprochenen Rechte entsprechen allen Begriffsmerkmalen, die oben im § 6 unter Ziffer 4 für das gesetzliche Rücktrittsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgestellt wurden. Die Rückgewähr erfolgt bei ihnen gemäß § 327 S. 1 B.G.B. nach den Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht (§§ 346—356). Von dieser Grundregel macht der Satz 2 desselben Paragraphen eine Ausnahme:

„Erfolgt der Rücktritt wegen eines Umstandes, den der andere Teil nicht zu vertreten hat, so haftet dieser nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung."

Für das allgemeine gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrage, wie es zuvor dargestellt wurde, war in beiden Fällen, dem des § 325 wie dem des § 326, der Rücktritt nur möglich, wenn Vertretbarkeit des Schuldners vorlag. Dies war Vorbedingung sowohl bei der Unmöglichkeit wie beim Verzuge. Gibt es daher beim allgemeinen Rücktrittsrecht vom Vertrage Anwendungsfälle des § 327 S. 2? Es können nur zwei Fälle hier in Betracht kommen.

a) Der erste Fall ist schon oben unter B, II a. E. mit Anm. 20 erwähnt. Wenn innerhalb der nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners zur Leistung vom Gläubiger gemäß §§ 325 Abs. 2 und 383 Abs. 1 gesetzten Frist die Leistung nur zeitweise durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand unmöglich wird, der Schuldner also nur vorübergehend zu leisten verhindert ist, dann ist der Rücktritt zwar nicht ausgeschlossen, da unter dem Unmöglichwerden des § 283 Satz 3 nicht

---

[61]) Zwei Aktiengesellschaften schließen einen gegenseitigen Lieferungsvertrag auf mehrere Jahre, wonach jede Gesellschaft der anderen ihren Artikel zu liefern hat und jede der beiden Gesellschaften sich verpflichtet, die Artikel der anderen nicht nach dem Auslande zu verkaufen, um die Erlangung von Patenten im Auslande dadurch nicht zu erschweren. Ferner den zweiten Fall (S. 46): Es kauft jemand zur sukzessiven Abnahme einen größeren Posten Ware, der Verkäufer verpflichtet sich, zwei Jahre hindurch solche Waren an keinen andern Händler in dem betreffenden Bezirke zu verkaufen.

[62]) Staub, Kommentar, Anm. 148 im Exkurs zu § 374 H.G.B. S. 1310.

das subjektive zeitweise Unvermögen des Schuldners zu verstehen ist,[63]) die Rückgewähr erfolgt aber gemäß § 327 S. 2 nach den Bestimmungen der §§ 812 ff. B.G.B. und nicht nach §§ 346 ff. Diese Bestimmung ist mit Rücksicht auf die ohne Verschulden eintretende Verhinderung des Schuldners zur Leistung gegeben, da im letzten Falle die Rückgewähr bedeutend erleichtert ist.[64])

b) Der zweite Fall für § 327 S. 2 läßt sich beim Verzuge konstruieren.[65]) Kommt der Schuldner in Verzug, so haftet er nach § 287 auch für den Zufall, es sei denn, daß „der Schaden auch bei rechtzeitiger Lieferung eingetreten sein würde". Der Rücktritt kann also hier auch erfolgen, wenn kein Verschulden, sondern zufällige Unmöglichkeit auf seiten des Schuldners vorliegt. Gelingt nun aber dem Schuldner der Beweis,

---

[63]) s. hierüber Planck Bd. 2 S. 106 und Schollmeyer S. 213 f.: Anm. zu § 327.

[64]) Diese Erleichterung ist vom Schuldnerstandpunkte aus zweifellos gutzuheißen. Es wird aber gerade durch diese Gesetzesbestimmung m. E. das Rücktrittsprinzip durchbrochen, welches das Gesetz streng beim Rücktritt durchzuführen sich hat angelegen sein lassen, das Prinzip, das allein für die Aufnahme der §§ 346 ff. ins Gesetzbuch bestimmend gewesen ist: die tatsächliche wenigstens annähernde Herbeiführung des Erfolges, als ob es nie zum Vertragsschlusse gekommen wäre. Gerade diesen gesetzgeberischen Gedanken, den wir in den Vorarbeiten, wie oben schon mehrfach erwähnt wurde, immer wieder ausgesprochen finden, sollten die §§ 346 ff. verwirklichen. Ein solcher Erfolg kann aber nicht eintreten, wenn nur die §§ 812 ff. Platz greifen. De jure ist der Vertrag zwar aus der Welt geschafft, de facto aber nicht, da der Gläubiger bedeutend weniger erhalten wird, als er geleistet hat, der Schuldner aber den Betrag, um den er als bereichert gelten kann, aus einem nicht bestehenden Vertrage erhalten hat. Ferner beseitigt diese Bestimmung auch den hauptsächlichsten und durchgreifenden Unterschied, den das Rücktrittsrecht von anderen Aufhebungsrechten hat, wie wir oben im § 7 gesehen haben. Auch deshalb ist die Bestimmung keine glückliche zu nennen. Schließlich muß man auch bedenken, daß die beiden hier in Betracht kommenden Fälle von den Kommentatoren so sorgfältig heraus gesucht worden sind und in der Praxis so wenig vorkommen mögen, daß sich diese das Begriffsprinzip durchbrechende Ausnahme wohl erübrigt hätte. Vielleicht wäre es der Einheitlichkeit des Rücktritts zuliebe besser gewesen, in allen Fällen, in denen sich der Rücktritt als übermäßige Belastung darstellt, denselben auszuschließen und den Berechtigten auf andere Rechte zu verweisen. (In einzelnen Fällen ist aus diesem Gesichtspunkt auch der Rücktritt ausgeschlossen worden, z. B. § 454 B.G.B beim Kauf; darüber s. § 15 A, I dieser Arbeit.) Auch ist hier weiterhin noch in Erwägung zu ziehen, daß diese Gesetzesbestimmung nur einseitig den Vorteil des Schuldners im Auge hat. Denn der § 327 Satz 2 erleichtert nur den schuldigen Teil, der sich erst hat verurteilen lassen oder der in Verzug gekommen ist, nicht auch den vertragstreuen, den zurücktretenden Gläubiger. Dieser muß die bei nur teilweiser Unmöglichkeit etwa schon empfangene Teilleistung gemäß den Vorschriften der §§ 346 ff. herausgeben, während er selbst von seiner Gegenleistung, im ungünstigsten Falle allerdings nur, gar nichts zu erhalten braucht. Wenn man hiergegen auch anführen kann, daß es ja völlig im Belieben des Gläubigers steht, ob er sein Rücktrittsrecht ausübt, da er ja die wahlweise neben diesem gegebenen Rechte geltend machen kann, so kann doch die Möglichkeit eintreten, daß er von der Nichtvertretbarkeit seitens des Schuldners nichts weiß und so nichtsahnend den Rücktritt erklärt. — Beim vertragsmäßigen Rücktritt ist auch kein Unterschied zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Umständen gemacht. Hier haftet der Verpflichtete auch bei Zufall immer nach den strengen Grundsätzen der §§ 346 bis 356.

[65]) s. Stammler S. 146; Titze S. 181 Anm. 56.

daß die Unmöglichkeit auch beim Gläubiger eingetreten wäre, wenn er rechtzeitig geliefert hätte, so könnte nun nach § 327 S. 2 die Rückgewähr nur nach den §§ 812 ff. erfolgen.[66])

Nehmen wir z. B. folgenden Fall an: Ein Hauseigentümer bestellt sich bei dem in seinem Hause wohnenden Schneider einen Frackanzug und gibt ihm bei der Bestellung bald 50 Mk. als Vorschuß. Der Schneider kommt mit der Lieferung in Verzug. Darauf setzt ihm der Besteller eine angemessene Nachfrist von 14 Tagen und erklärt, nachher die Erfüllung abzulehnen. Innerhalb dieser Frist brennt das Haus ab, und zwar die Wohnung des Schneiders und die des Bestellers samt allem Mobiliar. Die Leistung wird, da der Anzug mit verbrannt ist, innerhalb der Frist nicht fertiggestellt. Hier wird der Beweis dafür dem Schuldner nicht allzu schwer werden, daß die Unmöglichkeit auch bei rechtzeitiger Lieferung eingetreten wäre. Erklärt nun der Besteller den Rücktritt, so kann er die 50 Mk. nur nach Maßgabe der §§ 812 ff. zurückfordern. Gemäß § 813 Abs. 3 erhält er nur soviel, als die Bereicherung des Schuldners noch beträgt, d. h. hier vielleicht nur einen kleinen Teil, event. aber auch gar nichts, so daß er weder den bestellten Anzug erhält noch die bezahlten 50 Mk. zurückempfängt.[67])

§ 12.

Zusatz:

Abgrenzung des Rücktrittsrechts von den in den allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge neben dem Rücktritt gegebenen Rechten.

1. Es ist hier, wie schon oben im § 7 unter Nr. VI angedeutet, kurz auf den Unterschied einzugehen, der zwischen dem Rücktritt und den anderen wahlweise mit ihm der vertragstreuen Partei gegebenen Rechten besteht, nämlich mit dem Rechte aus § 323 B.G.B. und dem auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Eine kurze Erörterung dieses Unterschiedes ist an dieser Stelle unerläßlich, weil gerade das Recht aus § 323 in der Literatur auch als Rücktrittsrecht bezeichnet worden ist, und weil eine in der Literatur heftig verfochtene Ansicht das Rücktrittsrecht als völlig überflüssige Rechtsbefugnis und als in dem Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus §§ 325 ff. mit enthalten darstellt. Es können jedoch die hierbei ent-

---

[66]) Der Rücktritt ist in diesem Falle zulässig, denn die Voraussetzungen des § 326: Verzug und Fristsetzung, liegen vor. Der Umstand, daß die Unmöglichkeit auch bei rechtzeitiger Lieferung eingetreten wäre, beseitigt nur die Steigerung der Haftung des Schuldners, die Vertretungspflicht auch für diesen Zufall, er beseitigt aber nicht die Tatsache des Verzuges und somit eine Rücktrittsvoraussetzung. Daher ist es nicht richtig, wenn Schollmeyer (S. 211 Anm. 2c zu § 326) in diesem Fall dem Gläubiger nur die Rechte aus § 323, nicht den Rücktritt zubilligt.

[67]) Andere Anwendungsfälle des § 327 S. 2 s. bei § 636 B.G.B. (s. unten im § 16).

standenen Streitfragen nur kurz gestreift werden, da weitere Ausführungen über das in dieser Arbeit gesteckte Ziel hinausgingen.

2. Zuerst ist der Unterschied zwischen dem Rücktritt und dem Rechte aus § 323 beim gegenseitigen Vertrage zu entwickeln. Kleineidam [1]) nennt das zuletzt genannte Recht direkt gesetzliches Rücktrittsrecht, das nur modifiziert sei durch das Recht des Gläubigers, die Surrogatleistung fordern zu können. Er kennt zwei gesetzliche Rücktrittsrechte, erstens das eigentliche der §§ 325 u. 326 und zweitens das „qualifizierte" des § 323. Wenn das Gesetz vom „Verlust" des Anspruchs bei § 323 spräche und nicht von „Aufhebung" wie beim Rücktritt, so bezeichnet er das als „redaktionelle Schiefheit".

Ohne weiter auf Gründe für und wider diese Ansicht einzugehen, erscheint demjenigen, der das Rücktrittsrecht und seine Entwicklung im Bürgerlichen Gesetzbuch genauer verfolgt, schon der Umstand im höchsten Grade zweifelhaft, daß sich der Gesetzgeber erst mit der Konstruktion des Rücktrittsrechts so große Mühe gibt und dann einfach die sorgfältige Ausgestaltung dieses Rechtes und die dasselbe von gleichartigen Rechten unterscheidenden Merkmale über Bord wirft und im § 323 ein gleiches Recht gibt, ohne es als Rücktrittsrecht zu bezeichnen. Wozu braucht er dann die mit so großer Sorgfalt ausgearbeiteten Bestimmungen des § 325? Es lag ihm dann doch näher, einfach zu sagen: „Die Unmöglichkeit der Leistung des einen Teils beim gegenseitigen Vertrage gibt immer dem andern Teil ein Rücktrittsrecht, außer dann, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit zu vertreten hat (der Fall des § 324 B.G.B.). Die Rückgewähr erfolgt nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung. [2]) Erfolgt der Rücktritt aber wegen eines Umstandes, den der eine Teil zu vertreten hat, so finden die Bestimmungen der §§ 346 ff. entsprechende Anwendung." Dies tut er aber nicht, obwohl er dann in einem Paragraphen das ganze Rücktrittsrecht wegen Unmöglichkeit erledigt hätte, sondern er unterscheidet zwischen §§ 323 u. 325 B.G.B. Deshalb ist m. E. doch wohl genau zu prüfen, ob § 323 ein gesetzliches Rücktrittsrecht gibt.

Nach Abs. 1 Halbsatz 1 des § 323 ist gesagt, daß durch das Unmöglichwerden der Anspruch auf Gegenleistung verloren geht. Es ist hier aber nicht davon die Rede, daß der Vertrag aufgehoben wird, die Grundbedingung des Rücktritts, wie aus allen bisherigen Erörterungen hervorgeht. Im Falle des § 323 ist trotz des Verlustes des Anspruchs

---

[1]) Kleineidam l. c. S. 151. – Dieselbe Behauptung findet sich bei Hellwig l. c. S. 299 Anm. 587. Er sagt dort, daß der Kontrahent aus § 323 das Recht herleiten könne, „entweder zurückzutreten oder die in Abs. 2 statuierten Rechte geltend zu machen". Das Rücktrittsrecht sei nicht in dem technischen Sinne der §§ 346 ff. zu nehmen. Auf S. 305 f. sagt er in Anm. 602, daß der Stipulant bei § 323 II ein Wahlrecht habe. Bei der Wahl der ersten Alternative „liege materiell ein Rücktrittsrecht vor, ein Rücktritt, dessen Ausübung nur nicht an die Form des § 349 gebunden und nicht von den Folgen der §§ 346 ff. begleitet sei".

[2]) Diesen Zwischensatz konnte er sich auch noch als selbstverständlich schenken. vgl. Anm. 6 dieses Paragraphen.

auf Gegenleistung der Vertrag nicht aufgehoben,[3]) sondern macht noch weiter seine Wirkung geltend.[4]) Insbesondere kann eine Konventionalstrafe im Falle des § 323 wohl gefordert werden, ebensowohl kann trotz der Nichtvertretbarkeit der Unmöglichkeit der Ersatz des Schadens gefordert werden, der dem Gläubiger dadurch entsteht, daß der Schuldner nach Eintritt der Unmöglichkeit dem Gläubiger nicht rechtzeitig davon Mitteilung macht, so daß dieser im Vertrauen auf die schuldnerische Erfüllung es unterläßt, anderweit für Beschaffung des Vertragsgegenstandes zu sorgen.[5])

Dies ist der durchgreifende Unterschied zwischen dem Rechte aus § 323 und dem Rücktrittsrechte. Demgegenüber kommen die anderen Unterschiede, wie die Verschiedenheit der Rückgewähr und der Geltendmachung der beiden Rechte, gar nicht sehr in Betracht, abgesehen davon, daß die letzteren Unterschiede zum Teil bestritten sind. Die Verschiedenheit der Rückgewähr liegt darin, daß bei § 323 laut ausdrücklicher Bestimmung des Abs. 3 dieses Paragraphen[6]) die Rückgewähr nur nach

---

[3]) A. A. Schollmeyer, Kommentar Anm. 1 und 4 zu § 323 S. 196 ff.

[4]) Ich möchte hiermit das im ersten Entwurf gegebene Rücktrittsrecht vergleichen. Die Leistungsverpflichtung sollte beseitigt werden, jedoch der Vertrag, wenn auch wirkungslos, weiter bestehen. Nur eine Einrede der Erfüllungsverweigerung war gegeben. Vgl. oben § 6 Nr. 3. Eine bloße Einrede gibt § 323 jedoch nicht, sondern es erfolgt ipso iure Wegfall der Leistungsverpflichtung. Vgl. Schöller Bd. 45 S. 524 ff. mit Anm. 17.

[5]) vgl. hierzu Titze § 9 S. 185 und § 5 S. 96.

[6]) Der Umstand, daß Abs. 3 des § 323 ausdrücklich für die Art der Rückgewähr die Bestimmungen über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung Anwendung finden läßt, ist für mich auch ein Beweis für die oben aufgestellte Behauptung, daß das Recht aus § 323 nicht die Aufhebung des Vertrages zur Folge hat. Denn träte das letztere ein, so wäre die Bestimmung des Abs. 3 überflüssig. Es würde ipso iure nach Abs. 1 Vertragsaufhebung von Anfang an erfolgen, die Parteien hätten somit das schon Geleistete ohne rechtlichen Grund und müßten es nach §§ 812 ff. herausgeben. Dadurch, daß dieser Absatz die Anwendung dieser Paragraphen, die sonst selbstverständlich ist, ausdrücklich erklärt, drückt m. E. das Gesetz aus, daß es hier nicht zur Vertragsaufhebung, sondern nur zum Fortfalle der Leistungspflicht kommt. Diese gesetzliche Bestimmung ist daher zur Regelung der Rückgewähr ebenso erforderlich wie die Bestimmung des § 327 S. 1 für das gesetzliche Rücktrittsrecht. Griffen bei dem Rücktrittsrechte nicht die §§ 346 ff. Platz, so hätte das Gesetz die Bestimmung des § 327 S. 1 nicht gegeben, weil dann die Rückgewähr nach §§ 812 ff. selbstverständlich wäre. So ist z. B. beim Anfechtungsrechte (§ 142 ff.) auch nicht von der Art der Rückgewähr, weil selbstverständlich, gesprochen. Selbstverständliche Gesetzesbestimmungen hat aber das Gesetz, soweit sie in den Vorentwürfen enthalten waren, mit peinlicher Sorgfalt überall gestrichen. Auch in dieser Arbeit sind schon mehrere derartige Fälle vorgekommen. Es wäre daher nicht abzusehen, warum gerade bei § 323 eine selbstverständliche Bestimmung stehen geblieben sein sollte. — Ein letzter Grund für die unter 2 oben aufgestellte Behauptung, daß der Vertrag durch § 323 nicht aufgehoben wird, besteht noch in dem zweiten Rechte, welches § 323 gibt, gegen Bewirkung der Gegenleistung oder eines entsprechenden Teiles das Surrogat der unmöglich gewordenen Leistung fordern zu können. Daß hier der Vertrag weiter besteht, wird niemand anzweifeln. Ist nun die Konstruktion des bis zur Erklärung über das Fordern der Ersatzleistung schwebenden Bestehens des Vertrages eine besonders glückliche? M. E. ist sie nicht nur nicht nötig, sondern sogar unrichtig.

den Vorschriften der §§ 812 ff. erfolgt, während beim Rücktritt die §§ 346 ff. Anwendung finden.

Die Verschiedenheit der Geltendmachung beider Rechte beruht darin, daß die Folgen des ersteren ipso iure eintreten. Kraft gesetzlicher Bestimmung des § 323 Abs. 1 tritt mit der Unmöglichkeit der Verlust des Anspruchs auf Gegenleistung ein, während das Rücktrittsrecht durch Erklärung geltend zu machen ist. Darüber, inwieweit auch bei § 323 eine Erklärung notwendig ist, und über die hier entstandenen Streitfragen ist hier nicht weiter zu sprechen.[7])

3. Zum Schluß muß noch kurz des Unterschiedes zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung gedacht werden und zwar nur des in den §§ 325, 326 gewährten Schadensersatzes.[8]) Zu dem hinsichtlich dieser beiden Rechte entstandenen Streite, ob die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches den Gläubiger von der Gegenleistung befreie oder ob der Gläubiger zur letzteren verpflichtet bleibe, soll hier nicht Stellung genommen werden.[9]) Es soll hier nur darauf hingewiesen werden, daß die Ansicht Schöllers und des Reichsgerichts das Rücktrittsrecht nicht zu einer überflüssigen Rechtsbefugnis stempeln, mag man auch das Rücktrittsrecht mit deren Auffassung als bloßen Verzicht auf alle Vertragsrechte, insbesondere auf Schadensersatz ansehen. Die Entbehrlichkeit des Rücktritts ist dadurch nicht erwiesen.

Der theoretische Unterschied bleibt der schon im § 7 unter II entwickelte. Der Rücktritt beseitigt den Vertrag, während bei Geltendmachung des Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Vertrag zu einer einseitigen Schadensersatzforderung zusammenschrumpft. Die Notwendigkeit des Rücktritts bleibt daneben aber bestehen.

Wie besonders die vorerwähnte Reichsgerichtsentscheidung ausführt, ist der Rücktritt dann von Wichtigkeit, wenn seitens einer der Parteien eine Vorleistung oder wenn überhaupt ein Teil der Leistung schon erfolgt ist. Es werden sich dann häufig in der Praxis Fälle ergeben, in welchen es für die Vertragspartei von weit erheblicherer Bedeutung ist, sich vom Geschäft losmachen zu können und die Rückforderung des Geleisteten nach §§ 346 ff. zu verlangen, als auf Grund des Vertrages weitere Ansprüche gegen den Vertragsgegner geltend zu machen und auf diese Weise den Rückleistungsanspruch vielleicht, was nach §§ 812 ff. nicht ausgeschlossen ist, zu verlieren und anstatt seiner einen oft wertlosen Schadensersatz-

[7]) s. darüber Schöller Bd. 45 S. 524 ff.

[8]) Über die übrigen Fälle handelt der § 7 II dieser Arbeit.

[9]) s. hierüber die umfassende Literatur bei Kisch in Iherings Jahrb. Bd. 44, S. 68 ff. und in der Reichsgerichtsentscheidung vom 11. April 1902 (Bd. 50 S. 255). Als Hauptvertreter der letzteren Ansicht kann wohl Kisch gelten, mit dem fast alle Lehrbücher und Kommentare übereinstimmen. Die gegenteilige erstere Ansicht wird am besten von Schöller in seinen 3 Aufsätzen bei Gruchot (Bd. 44, 45 und 46) vertreten. Auf seiner Seite stehen Staub und Cosack hauptsächlich. Das Reichsgericht hat sich in zwei Entscheidungen mit ausführlicher Begründung zur Ansicht Schöllers bekannt, hauptsächlich wohl aus praktischen Bedenken gegen die andere Ansicht. (R.G. Bd. 50 S. 255 und Bd. 52 S. 137.)

anspruch zu haben. Daß das Rücktrittsrecht aber nicht nur oft zweckmäßiger, sondern auch manchmal das einzige Mittel, sich vor Schaden zu bewahren, darstellt, erhellt aus einem bei Cosack[10]) angeführten Beispiel.

A verkauft dem B eine Partie Wolle „ohne Gewähr" für 7500 Mk., gerät aber in Lieferungsverzug und versäumt auch die Nachfrist; B fordert nun Schadensersatz wegen Nichterfüllung, da er den Wert der Ware auf 8000 M. schätzt; in Wirklichkeit aber ist die Wolle so schlecht, daß ihr Wert bloß 5000 Mk. ausmacht. Hat B den Kaufpreis bereits bezahlt, so könnte er als Schaden nur 5000 Mk. liquidieren, so daß der säumige A 3000 Mk. behält, hat er aber nicht bezahlt, so kann er mangels Schadens keine Schadensforderung geltend machen.[11]) Im ersteren Falle kann dem B nur der Rücktritt nützen, während im zweiten Falle im praktischen Erfolge der Rücktritt dem Recht auf Schadensersatz gleicht, wenn es auch im ersten Falle zur Vertragsaufhebung theoretisch gekommen ist. Aus diesem Beispiele ist die Notwendigkeit des Rücktritts neben dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim gegenseitigen Vertrage erkennbar.

B. Rücktrittsrecht bei den einzelnen Verträgen innerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse.

§ 13.

1. Rücktrittsrecht bei den einseitigen Verträgen.

1. Entsprechend den Ausführungen oben im § 10 der Arbeit betreffend das gesetzliche Rücktrittsrecht bei einseitigen Verträgen im allgemeinen ist auch bei den speziellen im Gesetzbuch benannten einseitigen Verträgen, der Schenkung, dem Darlehn und der Bürgschaft,[1]) ein gesetzliches Rücktrittsrecht unbekannt. Die hier gegebenen Aufhebungsrechte sind keine Rücktrittsrechte und sind oben im § 7 aufgezählt und gewürdigt. Der im § 775 B.G.B. dem Bürgen gegebene Anspruch, von dem Hauptschuldner Befreiung von der Bürgschaft zu verlangen, hat mit dem Rücktrittsrecht keine Ähnlichkeit. Die Beseitigung geschieht weder durch Erklärung des Aufhebenden, noch wird der Vertrag von Anfang

---

[10]) Cosack, B.G.B. 2. Aufl. Bd. 1 § 123 III 7c S. 409. Die neueste Auflage (4. 1903) enthält dieses Beispiel nicht.

[11]) Nach der von Kisch vertretenen Ansicht muß B, auch wenn er noch nicht bezahlt hatte, konsequenterweise die 2500 Mk. an A zahlen, da er zur Gegenleistung verpflichtet bleibt und seine Schadensersatzforderung in Höhe von 5000 Mk. gegen diese aufrechnen kann.

[1]) Spiel und Wette kommen hier nicht in Betracht, weil sie der Klagbarkeit entbehren und nur eine eingeschränkte rechtliche Wirksamkeit besitzen, ein Rücktrittsrecht infolgedessen nicht erfordern.

an beseitigt. Ein dem Hauptschuldner zustehendes gesetzliches Rücktrittsrecht kann vom Bürgen nicht geltend gemacht werden, er kann sich nur auf die Wirkung des vom Hauptschuldner erklärten Rücktritts berufen.[2])

2. Auf die sog. unvollkommen zweiseitigen Verträge, soweit sie nicht etwa im einzelnen Falle durch Ausbedingung von Gegenleistungen den Charakter von gegenseitigen Verträgen bekommen,[3]) die Leihe (§ 598 ff.), Verwahrung (§ 688 ff.), den Auftrag (§§ 662 ff.), die Einbringung von Sachen bei Gastwirten (§§ 783 ff.), finden die allgemeinen Vorschriften der §§ 325, 326 keine Anwendung. Denn diese Verträge sind keine gegenseitigen im Sinne der §§ 320 ff. In ihnen ist nicht jede Partei zu einer Leistung verpflichtet; entsteht aber eine derartige Verpflichtung, dann sollen sich nicht nach der Absicht der Kontrahenten Leistung und Gegenleistung ausgleichen.[4]) Die eventuell nur entstehende Verpflichtung des anderen Teils bildet nicht den Zweck, das Äquivalent der ersten Leistung, es fehlt somit das für den gegenseitigen Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. B.G.B. erforderliche synallagmatische Moment. Prinzipiell gibt es nur eine Leistungspflicht. So müssen ferner auch alle die Verträge als gegenseitige abgelehnt werden, in denen die entstehende oder auch ausbedungene Gegenleistung sich nicht nach der Absicht der Parteien als Äquivalent darstellt. So z. B. die Fälle, in denen die Leistung des Gegners nur eine Bedingung für die Verpflichtung der anderen Partei bildet.[5]) Die Anwendung der §§ 325, 326 auf derartige Verträge und somit ein gesetzliches Rücktrittsrecht ist bei ihnen ausgeschlossen. Alle speziell bei diesen Verträgen vom Gesetz gegebenen Aufhebungsrechte sind teils Widerrufs-, teils Kündigungsrechte.

2. Rücktrittsrecht bei den gegenseitigen Verträgen.

§ 14.

a) Im allgemeinen.

I. Das gesetzliche Rücktrittsrecht aus §§ 325, 326[1]) findet auf alle gegenseitigen Verträge Anwendung, soweit sich nicht aus dem Gesetz oder der rechtlichen Natur des Vertrages Ausnahmen ergeben. Für die

---

[2]) Dernburg, B.G.B. Bd. 2 Abt. 2 § 287 IV 3. Abs. S. 350.

[3]) z. B. die entgeltliche Verwahrung. Darüber s. den nächsten § 14 der Arbeit.

[4]) vgl. Ebert bei Fischer-Henle Anm. 1 zu § 320; Kleineidam S. 129.

[5]) vgl. Kisch bei Fischer S. 6 und den in Anm. 17 daselbst erwähnten Fall: Ein Geschäft ist mit der Abrede verkauft, daß der Verkäufer bis zur Preiszahlung darin tätig bleibt.

[1]) Es handelt sich mit Rücksicht auf den Zweck dieser Arbeit hier sowie überhaupt bei allen Stellen, bei denen von der Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über gegenseitige Verträge die Rede ist, stets nur um das allgemeine Rücktrittsrecht vom gegenseitigen Vertrage aus den §§ 325, 326, nicht um die übrigen Vorschriften der §§ 320 ff. Dies ist wichtig zu unterscheiden, da oft in

Beurteilung dieser Anwendbarkeit muß der Grundsatz, den Planck[2]) ausspricht, gelten, daß „bei jedem einzelnen Vertrage untersucht werden muß, ob und welche Modifikationen sich aus der Besonderheit desselben ergeben."

Als gegenseitige Verträge kommen alle privatrechtlichen Verträge, die den Charakter der Gegenseitigkeit an sich tragen, in Betracht; daher sowohl die im Bürgerlichen Gesetzbuch als gegenseitig benannten, wie die einseitigen, welche als gegenseitige geschlossen werden;[3]) ferner die gegenseitigen Verträge des Handelsrechts und die andrer Reichsgesetze, sowie schließlich überhaupt alle Verträge, die unter bestimmte Klassen dieser Gesetze nicht zu subsumieren sind, sondern Leistung und Gegenleistung irgend welcher Art zum Gegenstand haben.[4]) Es würde zu weit führen, hier für jeden einzelnen der in Betracht kommenden Fälle von gegenseitigen Verträgen zu untersuchen, inwieweit seine speziellen Eigentümlichkeiten den Rücktritt ausschließen, jedoch muß auf die bedeutenderen Verträge eingegangen werden, insbesondere auf diejenigen, bei denen das Rücktrittsrecht nicht angebracht und nicht vom Gesetzgeber gewollt erscheint. Im übrigen muß nach Analogie der hier für Anwendung des Rücktrittsrechts aufgestellten Grundsätze die Beurteilung des Rücktritts bei den hier nur gestreiften oder gar nicht erwähnten Verträgen erfolgen.

II. 1. Als im Bürgerlichen Gesetzbuch benannte gegenseitige Verträge[5]) sind zu erwähnen der Lotterie- und Ausspielvertrag, Vergleich, Mäklervertrag und die Gesellschaft.

a) Die Gegenseitigkeit des staatlich genehmigten Lotterie- und Ausspielvertrages ist zwar bestritten, aber doch wohl anzunehmen.[6]) Eine Unmöglichkeit der Leistung wird selten in Frage kommen, da es sich meistens um Geldleistungen handelt. Bei Verzug wird der Rücktritt auch nicht immer den passenden Rechtsbehelf bilden, kann jedoch, wie Kisch[7]) anführt, wichtig werden, wenn es sich beim Ausspielvertrage um Rückzahlung der Einsätze bei der durch den Veranstalter verschuldeten Unmöglichkeit des Gegenstandes des Vertrages handelt. Hier ist es wesentlich, daß die Rückzahlung nach Rücktrittsgrundsätzen erfolgt.

---

der Literatur die Anwendbarkeit der §§ 320 ff. auf den einzelnen Vertrag bejaht wird, ohne daß der Verfasser auch die Anwendung des Rücktrittsrechts behaupten will, ohne daß er überhaupt diesen speziellen Fall vielleicht im Auge gehabt hat. Daß die übrigen allgemeinen Bestimmungen dieser Paragraphen, besonders das Zurückbehaltungsrecht (§ 320) in viel mehr Fällen anwendbar erscheinen als die über das gesetzliche Rücktrittsrecht, ist mit Rücksicht auf die schwierigen Vorbedingungen und die folgenschweren Wirkungen des letzteren unschwer einzusehen.

[2]) Planck Bd. 2 Vorbem. zu § 705 S. 454.

[3]) s. darüber unter II 2 dieses Paragraphen.

[4]) s. darüber unter IV 3 dieses Paragraphen.

[5]) In diesem Paragraphen sind die gegenseitigen Verträge des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht erwähnt, die in den folgenden Paragraphen speziell behandelt werden, und zwar die Hauptarten der gegenseitigen Verträge: Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag §§ 15 bis 18.

[6]) R.G. Bd. 14 S. 87; Endemann Bd. 1 § 188 S. 1176 ff.; vgl. Anm. 19 S. 1181; Kisch bei Fischer S. 4.

[7]) Kisch bei Fischer S. 4 Anm. 10.

b) Weiter ist hier der Vergleich zu nennen, die Beseitigung[8]) eines Streites oder einer Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis durch Vertrag im Wege *gegenseitigen* Nachgebens (§ 779 B.G.B.) Der Vertrag ist somit nach dem Gesetzbuch begrifflich ein gegenseitiger. Auf ihn finden die Rücktrittsgrundsätze Anwendung.[9])

c) Anders liegen die Verhältnisse beim Mäklervertrag (§§ 652 ff. B.G.B.). Die Vorfrage für Anwendbarkeit des gesetzlichen Rücktrittsrechts, ob der Vertrag ein gegenseitiger ist oder nicht,[10]) kann hier außer Betracht bleiben. Jedenfalls folgt schon aus seiner Natur heraus die Unanwendbarkeit der Rücktrittsgrundsätze. Für den Mäkler kann ein Rücktritt nicht in Frage kommen, da er ja gar nicht zur Leistung verpflichtet, sondern nur berechtigt ist. Die Bedingung für das Entstehen des Anspruchs auf Mäklerlohn ist nach § 652, daß der vermittelte Vertrag *zustande gekommen* ist. Da der Mäkler bis dahin keinerlei Verpflichtung zur Ausführung hat, eine Klage des Auftraggebers insbesondere auf Erfüllung nicht besteht, so ist natürlich dem Mäkler die Befugnis zuzugestehen, jederzeit einseitig den Vertrag aufzuheben. Es bedarf dazu auch gar keiner Erklärung.[11]) Nach Vertragsabschluß aber ist das Rücktrittsrecht des Mäklers ausgeschlossen und auch unnütz. Denn der durch den Mäkler zustande gekommene Vertrag ist vollständig unabhängig von dem Mäklervertrage, kann daher auch nicht durch einseitigen Rücktritt des Mäklers aufgehoben werden. Der status quo ante läßt sich daher gar nicht wieder herstellen. Eine Erklärung des Mäklers: „ich trete zurück" würde nur einen Verzicht auf den Mäklerlohn bedeuten, sonst aber jeder Rücktrittswirkung entbehren.

Für den Auftraggeber, den Gegenkontrahenten des Mäklers, ist aber der Rücktritt auch unnütz. Er braucht den vermittelten Vertrag nicht anzunehmen, sein Entschluß, ob er den Vertrag eingehen will, hängt lediglich von seinem eigenen freien Willen ab, ohne jede Rücksicht auf den Mäkler.[12]) Also nicht nur die Voraussetzungen der §§ 325, 326 berechtigen ihn zum Rücktritt, sondern sein von äußeren Umständen unabhängiger Entschluß. Übrigens ist Verzug und Unmöglichkeit der Gegenleistung für den Auftraggeber ausgeschlossen, da seine Verpflichtung ja

---

[8]) vgl. *Planck* Vorbem. II zu § 779 S. 522 f.

[9]) vgl. *Neumann*, Handausgabe des B.G.B., Berlin 1899, Anm. II 1 d zu § 779 S. 480.

[10]) In der Literatur bestritten: *Riesenfeld*, Der Civilmäkler, bei Gruchot Bd. 37 S. 839 für Gegenseitigkeit, ebenso *Kisch* bei Fischer S. 4 f.; *Reuling*, Die Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler bei Gruchot Bd. 40 S. 215 dagegen. Letzterer will die Grundsätze über Auslobung angewendet wissen. *Planck* will ihn nur dann als gegenseitig ansehen und die allgemeinen Vorschriften für anwendbar erachten, wenn der Mäkler „sich zur Entfaltung einer bestimmten Tätigkeit verpflichtet hat". Daneben will er Bestimmungen über Dienstvertrag gelten lassen. *Riesenfeld* erklärt den letzteren Fall als begrifflich beim Mäklervertrag ausgeschlossen (S. 847).

[11]) *Riesenfeld* l. c. S. 579 f. nennt es ein „freies Rücktrittsrecht" des Mäklers, das er durch Widerruf ausüben könne.

[12]) *Riesenfeld* l. c. S. 581 ff.

erst mit dem Zustandekommen des vermittelten Vertrages beginnt. Nach dem Zustandekommen ist seine Gegenleistungspflicht aber begründet, so daß er sich derselben nicht mehr entziehen kann.[13] Ein Rücktrittsrecht vom vermittelten Vertrage läßt sich nur aus den Verhältnissen dieses Vertrages herleiten und ist ohne jeden Einfluß auf den Mäklervertrag.[14]

d) Es ist noch ein Vertrag im Gesetzbuch genannt, über dessen gegenseitige Natur in der Literatur lebhafter Streit herrscht. Infolgedessen wird die Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen über gegenseitige Verträge auf diesen Vertrag zum Teil bejaht, zum Teil verneint, während eine dritte Ansicht sich zu Kompromissen verstehen will. Es handelt sich hierbei um den Gesellschaftsvertrag. Er wird zum Teil nicht als gegenseitig angesehen, weil die Leistung des einen Gesellschafters nicht der Zweck der des anderen sei, sondern lediglich dem Gesellschaftszweck diene.[15] Die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen wird von den Vertretern dieser Richtung konsequenterweise verneint. Die herrschende Meinung[16] sieht jedoch den Gesellschaftsvertrag als gegenseitigen Vertrag an, wenn er auch besondere Eigenarten hat. Zur Anwendung des gesetzlichen Rücktrittsrechts hat sie sich aber verschieden gestellt. Zum Teil wird es unbeschränkt gegeben (Oertmann und Knoke),[17] zum Teil mehr oder weniger eingeschränkt (Planck)[18], zum Teil ganz oder doch für den Fall, daß

---

[13]) Riesenfeld S. 582. — Der im § 654 gegebene Ausschluß des Mäklerlohnes ist kein gesetzliches Rücktrittsrecht vom Mäklervertrage, da dessen rechtliche Wirkungen nicht aufgehoben sind. Es ist nur die Aufhebung der Verpflichtung zur Gegenleistung. — Riesenfeld vermißt in den Entwürfen des Bürgerlichen Gesetzbuchs gerade gesetzliche Bestimmungen über den Rücktritt vom Mäklervertrage nach Beendigung desselben.

[14]) Neumann (Anm. 2 II d zu § 652) will bei Geltendmachung des Rücktritts vom vermittelten Vertrage seitens der anderen Partei, nicht des Auftraggebers, den Mäklerlohn ausgeschlossen wissen. Dies ist aber für unsere Arbeit ohne Interesse. — Ebensowenig ist hier zu untersuchen, inwieweit ein arglistiges Umgehen der Verpflichtung zur Zahlung des Mäklerlohnes möglich ist. Der Anspruch des Mäklers besteht jedenfalls, wenn der zustande gekommene Vertrag auf seine Vermittelung zurückzuführen ist, wofür der Mäkler beweispflichtig ist.

[15]) Kuntze — Holzschuher (Theorie und Kasuistik des gem. Rechts, Leipzig 1864) Bd. 3 S. 38; Titze § 17 S. 309 ff.

[16]) Windscheid Bd. 2 § 405 Anm. 1a S. 724; Oertmann § 705, 3; Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse Berlin 1897 S. 73 unten; Neumann Anm. 1 zu § 705 S. 445; Enneccerus-Lehmann, B.G.B. 1898 S. 653 § 308 II; Matthiaß Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1899 I S. 552; Planck Bd. 2 Vorbem. zu § 705, 3 S. 453 f.; Dernburg, B.G.B. § 357 III S. 537; Cosack 2. Aufl. Bd. 2 S. 364 IV § 265; Kisch bei Fischer S. 2 f.; Paech S. 151 Anm. 5. Auch die Vorarbeiten scheinen von der Ansicht auszugehen, daß die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag ist; dafür spricht, abgesehen von dem Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das von „gegenseitiger" Verpflichtuug spricht, eine Bemerkung in den Protokollen 2. Les. Bd. 2 S. 425 V a. E., während die Motive (Bd. 2 S. 598 u. 600) eine Stellungnahme des Gesetzgebers ablehnten.

[17]) Knoke, Das Recht der Gesellschaft, in Fischers Abhandlungen VII 3 S. 49. Seine Stellungnahme ist sonst nicht immer deutlich ersichtlich. Im § 34 (S. 102) führt er im römischen und gemeinen Recht als Auflösungsgründe den einseitigen Rücktritt seitens eines der Gesellschafter an. Er scheint aber die Kündigung

die Gesellschaft aus mehr als zwei Mitgliedern besteht, ausgeschlossen (Cosack Bd. 2 § 267 I 3c bezw. Dernburg l. c.) Die übrigen Schriftsteller sagen nichts darüber, ob auch das Rücktrittsrecht neben dem Kündigungsrechte statthabe. Soweit das Rücktrittsrecht ausgeschlossen wird, ersetzen es die Schriftsteller durch das Kündigungsrecht aus § 723.

M. E. ist der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger, wenn auch eigenartiger Natur, das Rücktrittsrecht aus §§ 325, 326 ist aber bei ihm sowohl aus rechtlichen wie tatsächlichen Gründen ausgeschlossen. § 723 gibt gerade bei den Voraussetzungen der §§ 325, 326 (wesentliche, vorsätzliche oder grobfahrlässige [19]) Pflichtverletzung — hierunter fällt wohl stets der Verzug — und Unmöglichkeit der Erfüllung einer solchen Verpflichtung — teilweise Erfüllung, soweit sie ein Rücktrittsrecht begründet, ist wohl auch als wichtiger Grund gemäß § 723 anzusehen —) ein unausschließbares, fristloses gesetzliches Kündigungsrecht, ohne mit einem Worte des Rücktritts zu gedenken, wie es z. B. im § 636 geschieht. Man muß hieraus entnehmen, daß das Gesetz die Gesellschafter auf das Kündigungsrecht beschränken will. Für die Auflösung der Gesellschaft durch Kündigung gibt außerdem das Gesetz in den §§ 730 ff. ausführliche Bestimmungen, in welcher Weise sie erfolgen soll. Dies ist die regelrechte und dem praktischen Bedürfnis entsprechende Auflösungsart. Sehr verwickelte Verhältnisse würden aber entstehen, wenn durch einseitige Rücktrittserklärung eines Gesellschafters gegenüber allen übrigen der Vertrag aufgehoben würde und an seiner Stelle die Rückgewähr nach den §§ 346 ff. erfolgen sollte. Der Rücktritt ist somit nicht nur praktisch nicht erforderlich, sondern sogar nur mit den allergrößten Schwierigkeiten und nur mit analoger Anwendung der für die Aufhebung durch Kündigung gegebenen Vorschriften durchführbar.[20])

---

zu meinen, da er bald darauf davon spricht, daß keine gesetzliche Kündigungsfrist besteht und daß der Rücktritt zur Unzeit Schadensersatzansprüche gebe. Auf S. 103 führt er unter den Auflösungsgründen des Bürgerlichen Gesetzbuchs als einseitige Aufhebungsbefugnisse des einzelnen Gesellschafters nur das Kündigungsrecht aus § 723 B.G.B. an (Note 9).

[18]) Wenn die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen besteht, soll § 325 anwendbar bleiben. Die übrigen Gesellschafter können Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten. Das Rücktrittsrecht kann aber nur gemeinsam ausgeübt werden, der einzelne kann nicht zurücktreten. Auf Grund des § 723 steht ihm aber das Kündigungsrecht zu (Planck l. c.).

[19]) Die „grobe" Fahrlässigkeit anstelle der bloßen Fahrlässigkeit bei Verzug erklärt sich daher, weil der Gesellschafter nach § 708 nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, „welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt". Seine Vertretungspflicht bei Verzug ist somit eine geminderte.

[20]) Treten die Rücktrittsvoraussetzungen vor Geschäftsbeginn ein, so hat die Kündigung praktisch dieselbe Wirkung wie der Rücktritt. Treten sie nachher ein, wenn Gewinn oder Verlust da ist, so geben die Vorschriften über den Rücktritt keinen Anhalt für die Rückgewähr, wenigstens nicht in so klarer Weise wie die Bestimmungen der §§ 730 ff. über Kündigung. Eine analoge Anwendung der letzteren wäre unbedingt erforderlich. Gewinn und insbesondere Verlust lassen sich auch nicht ungeschehen machen, dem Rücktrittszwecke entsprechend. Weitere Fragen sind: Entsteht die gegenseitige Verpflichtung zur Rückgewähr unter allen Ge-

Ferner möchte ich noch als Grund für die hier vertretene Meinung anführen, daß das Handelsgesetzbuch die Auflösungsgründe der Handelsgesellschaften und Aktiengesellschaften in den §§ 131 und 292 H.G.B. aufführt, ohne des Rücktrittsrechts gemäß den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu erwähnen. Nach der Bestimmung des § 292 Abs. 2 H.G.B. müßten für die Auflösung auch bei Rücktritt die Vorschriften des fünften Titels und nicht die §§ 346 ff. B.G.B. Anwendung finden. Dies ist wohl aber nicht anzunehmen, sondern es ist aus diesen Bestimmungen der Schluß zulässig, daß mindestens das Gesellschaftsrecht des Handelsrechts des Rücktritts aus §§ 325, 326 B.G.B. nicht bedarf. Für die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist es dann aber auch anzunehmen.

2. Einseitige im Gesetzbuch benannte Verträge, die auch als gegenseitige geschlossen werden können, sind die entgeltlich übernommene Bürgschaft, der gegenseitig geschlossene Leibrentenvertrag und die entgeltliche Verwahrung.

a) Auf die beiden erstgenannten Verträge können die allgemeinen Rücktrittsbestimmungen, soweit sie praktisch erscheinen, ohne Einschränkung Anwendung finden. Der Rücktritt des Bürgen hebt aber nicht seine Bürgenstellung dem dritten Gläubiger gegenüber auf, sondern nur das zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen bestehende Vertragsverhältnis. Die Befreiung von der Bürgenverpflichtung kann nach der Rücktrittserklärung nur auf obligatorischem Wege vom Hauptschuldner seitens des Bürgen verlangt werden. Beim Leibrentenvertrage entstehen rücksichtlich der Anwendung der Rücktrittsbestimmungen keine Bedenken.[21])

---

sellschaftern? Wie werden beim Rücktritt die Geschäftsschulden behandelt? Wie steht es mit dem Rücktrittsausschluß wegen verschuldeten Untergangs? Die Kündigungsparagraphen geben hier immer gute Auskunft, nicht aber die §§ 346 ff. Wenn von Planck (Bd. 2 S. 455 Abs. 1 a. E.) für die Notwendigkeit des Rücktritts angeführt wird, daß nur bei ihm der Gesellschafter Vergütung für gewährte Dienste und Nutzungen erhält, nicht aber bei der Kündigung (§ 733 Abs. 2 S. 3), so kann man dem entgegenhalten, daß dieselben Gründe, die für den Ausschluß der Vergütung bei der Kündigung bestimmend gewesen sind, auch hier bestehen. Bei der Kündigung besteht die Entschädigung in dem gleichen Gewinnanteil; auch beim Rücktritt würde eine Entschädigung wohl auch nur bei vorhandenem Gewinn eintreten. Sonst müßte man eine verhältnismäßige Reduzierung der Bareinlagen vornehmen, die beim Rücktritt nicht begründet ist. Außerdem greift ja hier auch das Statut der Gesellschaft Platz. — Es läßt sich jedenfalls mit dem Kündigungsbegriff bei der Gesellschaft leichter fertig werden als mit dem Rücktritt. —

[21]) s. hierüber Motive Bd. 2 S. 641 unten und S. 642 oben. Bezüglich dieses Vertrages ist noch zu bemerken, daß die Ausführungsgesetze der einzelnen Staaten das Rücktrittsrecht aus § 326 B.G.B. größtenteils gesetzlich einschränken. So sagt Art. 15 § 7 des preußischen A.G. B.G.B.: „Unterläßt der Verpflichtete die Bewirkung einer vertragsmäßigen Leistung, so steht dem Berechtigten nicht das Recht zu, wegen der Nichterfüllung oder des Verzuges nach § 325 Abs. 2 oder § 326 des B.G.B. von dem Vertrage zurückzutreten oder nach § 527 des B.G.B. die Herausgabe des Grundstücks zu fordern.“ Ebenso Bayr. A.G. B.G.B. und Sachsen-Altenburg § 46. Das Ausführungsgesetz des Fürstentums Reuß ältere Linie geht noch weiter, indem es im § 48 bestimmt: „Ein Rücktrittsrecht wegen Nichtgewähr oder nicht gehöriger Gewähr der Auszugsleistungen findet nicht statt.“ Ebenso Reuß j. L. § 32.

b) Die gegenseitige Natur des entgeltlichen Verwahrungsvertrags ist bestritten. Endemann und ebenso Neumann bezeichnen die Vergütung nicht als Gegenleistung.[22]) Kisch und Cosack dagegen nennen ihn einen gegenseitigen Vertrag. Die Motive sagen, daß die Vereinbarung einer Vergütung den Vertrag nicht zum gegenseitigen macht; dagegen erklären die Protokolle der zweiten Lesung, daß diese Ansicht der Motive teils auf Widerspruch stieß, teils aber auch Zustimmung fand. Planck will die Gegenseitigkeit von der Absicht der Parteien abhängig machen.[23])

Für unsere Frage ist es aber m. E. gleichgültig, für welche Ansicht die Wissenschaft sich entscheidet, da die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über Rücktritt bei diesem Vertrage entbehrlich sind und sie daher auch nicht Anwendung finden werden. Der § 695 gibt dem Hinterleger ein jederzeit geltend zu machendes, voraussetzungsloses Rückforderungsrecht der verwahrten Sache, der § 696 dem Verwahrer ein solches bei im Vertrage nicht bestimmter Zeit der Dauer; ist jedoch die Dauer durch Vertrag festgelegt, dann soll ihm bei wichtigem Grunde die Rücknahme zustehen. Daher absorbieren die §§ 695, 696 die Bestimmungen der §§ 325, 326 über Rücktrittsrecht. Übrigens ist auch bei einem Realkontrakt, als welcher sich die Verwahrung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch darstellt,[24]) der Rücktritt nach den Absichten des Gesetzes nicht denkbar, da dessen Wille dahin geht, daß die Beseitigung des Vertrages nicht durch einseitige Erklärung, sondern erst mit der tatsächlichen Rückgabe der hinterlegten Sache erfolgt.[25]) Daher hat auch das Gesetz absichtlich den Ausdruck Widerruf oder Kündigung vermieden und spricht nur von Rückforderungsrecht.

III. 1. Die allgemeinen Bestimmungen über gegenseitige Verträge finden auch Anwendung auf die des Handelsgesetzbuchs. Soweit hier die Gesellschaft in Frage kommt, ist schon unter II, 1 d oben in diesem Paragraphen ausführlich gesprochen; die Grundsätze über Handelskauf werden im folgenden Paragraphen (§ 15) entwickelt.

a) Die Gegenseitigkeit des Kommissionsgeschäfts würde, wenn sie anerkannt wird, gemäß § 396 H.G.B. erst praktisch werden, falls es zur Ausführung des vom Kommissionär vermittelten Geschäfts gekommen ist. Es könnte also hier das schon unter I, 1 c bei dem Mäklervertrage Gesagte gelten, da auch hier bis zum Vertragsabschluß ein jederzeit geltend zu machendes Widerrufsrecht dem Kommittenten zusteht. Der Kommissions-

---

[22]) Endemann Bd. 1 § 185 Nr. 1 S. 1160; Neumann Vorbem. Nr. 1 zu § 320 S. 254.

[23]) Kisch bei Fischer S. 4; Cosack, B.G.B. Bd. 1 § 154 IV S. 564; Mot. Bd. 2 S. 582 (Erläuterung zu § 623 Entw. I a. E.); Prot. II Bd. 2 S. 393 VII; Planck Bd. 2 Vorbem. 1 Abs. 2 zu § 688 S. 436. Ebenso nennt Oertmann (S. 426 § 688 Nr. 4) den Vertrag eine contractus bilateralis inaequalis, der jedoch im Einzelfall sich als gegenseitiger Vertrag darstellen könne.

[24]) Planck Vorbem. 1 zu § 598 S. 335.

[25]) Motive Bd. 2 S. 583; Prot. II Bd. 2 S. 402, VII.

vertrag wird jedoch nicht als gegenseitiger angesehen, da die Leistung des Kommissionärs zur Provisionszahlung des Kommittenten nicht im Verhältnis von Leistung zu Gegenleistung in synallagmatischem Sinne steht. Staub[26]) schließt daher ausdrücklich die Anwendbarkeit des § 326 B.G.B. aus.

Durch Selbsteintritt des Kommissionärs wird das Kommissionsgeschäft aber zum gegenseitigen Vertrage. Hier gelten dann die allgemeinen Bestimmungen in vollem Umfange.[27])

b) Die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen auf das Speditionsgeschäft kann auch nicht in Frage kommen, denn bis zur Übergabe des Speditionsgutes an den Verfrachter oder Frachtführer hat jeder Kontrahent ein freies Widerrufsrecht. Nach Abschluß des Frachtvertrages ist der Rücktritt ausgeschlossen. Bei dem Spediteur würde er nur Verzicht auf die Provision, die er durch den Abschluß verdient hat, bedeuten. Der Versender ist schon durch die Übergabe des Gutes an den Frachtführer zur Provisionszahlung verpflichtet; er kann nunmehr nicht mehr zurücktreten, sondern ihm steht nur eventuell das vorerwähnte Recht auf Schadensersatz oder Zurückweisung aus § 385 H.G.B. zu.

Soweit ein Selbsteintrittsrecht des Spediteurs besteht, kommen dann die Rücktrittsgrundsätze des Frachtvertrages in Anwendung.

c) Auch auf das Lagerschäft sind die Rücktrittsgrundsätze nicht anwendbar. § 422 H.G.B. gewährt hier ausschließlich Kündigungsrechte.

d) Der Frachtvertrag unterliegt wieder in vollem Umfange den allgemeinen Rücktrittsbestimmungen. Dieselben sind noch erweitert durch § 428 H.G.B. Dieser gibt dem Absender bei zeitweiser unverschuldeter Verhinderung des Antritts oder der Fortsetzung der Reise ein Rücktrittsrecht. Dem Frachtführer gibt er gleichzeitig, wenn er an der Verhinderung keine Schuld trägt, einen Entschädigungsanspruch. Dies ist ein Fall, in dem das Gesetz neben dem Rücktritt von Entschädigung spricht, zwei Begriffe, die es sonst für miteinander unvereinbar erklärt.[28]) [29])

---

[26]) Staub Anm. 10 zu § 397 Bd. 2 S. 1456; Cosack, H.G.B. S. 226 Nr. 15 erklärt dagegen den Vertrag als gegenseitigen und gibt ausdrücklich den Rücktritt aus § 326.

[27]) Staub Anm. 24 zu § 400 S. 1463. — Vertragswidriges Verhalten des Kommissionärs gibt nach § 385 nur das Recht auf Schadensersatz und Zurückweisung des Geschäfts, nicht Rücktritt. Staub Anm. 6 ff. zu § 385 S. 1434.

[28]) Diesen Fall braucht man aber nicht als Ausnahme vom Rücktrittsgrundsatz aufzufassen. Ich möchte diese Bestimmung über Entschädigung im vorliegenden Falle nur als eine gesetzliche Erläuterung des Umfanges des Wertes ansehen, der nach § 346 B.G.B. für geleistete Dienste zu vergüten ist. Der zurücktretende Absender erhält sein Gut, der Frachtführer den Wert für die bisher geleisteten Dienste, die den Inhalt des Frachtvertrages bildeten. Daher ist diese Gesetzesbestimmung mit dem Rücktrittsbegriff wohl zu vereinbaren.

[29]) Das willkürliche Kündigungsrecht aus § 649 B.G.B. bleibt daneben dem Absender bestehen. Die Gegenleistungsverpflichtung zessiert dadurch aber nicht. Nicht zu billigen ist es, wenn Staub (Anm. 8 zu § 428 S. 1515) und Cosack (H.G.B. § 92, 1 S. 458) dieses Recht Rücktrittsrecht nennen. Es liegt lediglich Kündigung vor.

2. Ein weiteres Eingehen auf die gegenseitigen Verträge des Handelsgesetzbuchs und die Anwendbarkeit der Rücktrittsbestimmungen auf dieselben, ist nicht angebracht. Nur darauf soll noch hingewiesen werden, daß das Handelsgesetzbuch bei einzelnen Verträgen unter nicht so speziellen Voraussetzungen, wie das Rücktrittsrecht erfordert, Kündigungsrechte gewährt, die im einzelnen Falle praktisch dieselbe Wirkung äußern. Es bleibt aber trotzdessen jeder Vertragspartei unbenommen, auf dem Rücktrittsrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches zu bestehen, wenn sie den in diesem Falle mehr erfordernden Beweis führen will. Dies zeigt sich z. B. in dem im § 70 H.G.B. den Handlungsgehilfen und -lehrlingen und dem Prinzipal gegebenen fristlosen Kündigungsrecht. Dieses macht den Rücktritt aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch vollkommen überflüssig, schließt ihn jedoch nicht aus, da er nicht im Widerspruch mit dem allgemeineren Rechte und dessen Voraussetzungen steht.[30])

IV. 1. Ebenso finden die allgemeinen Bestimmungen auf die in anderen Reichsgesetzen geregelten gegenseitigen Verträge Anwendung, so z. B. auf den in der Civilprozeßordnung geregelten Schiedsvertrag, „eine Art Vergleich".[31]) [32])

Besonders ausgesprochen hat die Anwendung der Rücktrittsgrundsätze das Reichsgesetz über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901 (R.G.Bl. S. 217 ff.). Dieses Gesetz gibt in den §§ 17, 30, 31, 32, 35, 36 unter erweiterten Voraussetzungen und zwar bei zu vertretenden und nicht zu vertretenden Umständen gesetzliche Rücktrittsrechte für Verfasser und Verleger, auf die der § 37 l. c. die Vorschriften der §§ 346 bis 356 B.G.G. entsprechend Anwendung finden läßt.[33])

2. Auch für die landesrechtlich geregelten gegenseitigen Verträge finden die Bestimmungen der §§ 325, 326 B.G.B. Anwendung, z. B. bei dem Bierlieferungsvertrag (Bayr. A.G. B.G.B. Art. 13, 14).[34])

3. Schließlich kommen hinsichtlich der Anwendung der allgemeinen Bestimmungen noch die unter bestimmte Gesetzesvorschriften nicht zu subsumierenden Verträge, die für das Bedürfnis des Einzelfalls geschaffen und geschlossen werden, in Betracht, soweit ihnen der Parteiwillen die Gegenseitigkeit zuspricht. Kisch führt als Beispiele Fälle an, wenn Dienste gegen Sachen, Werke gegen Sachgebrauch, Dienste gegen Werklieferungen,

---

30) vgl. Staub Anm. 24 zu § 70 H.G.B. Bd. 1 S. 280.

31) Wilmowsky-Levy, Civilprozeßordnung 7. Aufl. 1895 S. 1194; vgl. Struckmann-Koch, Civilprozeßordnung 8. Aufl. 1901 Bd. 2 S. 422: „Neben den Bestimmungen über Schiedsvertrag in der C.P.O. kommt das bürgerliche Recht zur Anwendung."

32) Das im § 1033 C.P.O. benannte Recht des Schiedsrichters, vom Vertrage „zurückzutreten", ist kein Rücktrittsrecht in dem uns hier interessierenden Sinne.

33) Die im § 35 Abs. 2 dieses Gesetzes dem Verfasser auferlegte Verpflichtung zum Ersatz von Aufwendungen, die vom Verleger gemacht worden sind, braucht nicht als Schadensersatz zu gelten, sondern kann auch, wie schon oben unter III d Anm. 28 ausgeführt worden, als Erläuterung des § 346 B.G.B. aufgefaßt worden.

34) s. Anm. 6 c zu Art. 13: Henle-Schneider, Die bayr. A.G. z. B.G.B. 1900 S. 36.

Rechte gegen Verzichte, Handlungen gegen Unterlassungen ausgetauscht werden sollen.[35])

§ 15.

b) Kauf und Tausch.

A. Beim Kaufvertrage ist das gesetzliche Rücktrittsrecht des Verkäufers und das des Käufers zu unterscheiden.

I. Die allgemeinen Grundsätze über das Rücktrittsrecht finden auf den Verkäufer voll Anwendung.

A. Eine Ausnahme von dieser Regel gibt § 454 des Bürgerlichen Gesetzbuchs:

„Hat der Verkäufer den Vertrag erfüllt und[1]) den Kaufpreis gestundet, so steht ihm das im § 325 Abs. 2 und im § 326 bestimmte Rücktrittsrecht nicht zu."

Es ist somit dem Verkäufer das gesetzliche Rüchtrittsrecht entzogen, wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug kommt oder rechtskräftig zur Zahlung verurteilt ist und eine ihm gesetzte angemessene Frist verstreichen läßt, vorausgesetzt, daß der Verkäufer den Vertrag erfüllt **und** den Kaufpreis gestundet hat.

1. Die Bestimmung soll eine übermäßige Belastung der Käufers verhindern.[2]) Diese Käufe werden hauptsächlich der Verwendung des Kaufsache wegen geschlossen, die sich nun zumeist als Umgestaltung oder Weiterveräußerung darstellt. Eine Wertminderung ist mithin in den weitaus meisten Fällen die Folge des Kaufs. Das nach längerer Zeit geltend gemachte Rücktrittsrecht würde daher für den Käufer eine unnötige Belastung darstellen; müßte er doch die tatsächlichen und rechtlichen Verfügungen rückgängig machen oder Schadensersatz dafür leisten. Der Aus-

---

[35]) Solche Verpflichtungen bei gegenseitigen Verträgen, die nicht das Äquivalent, sondern nur Nebenverpflichtungen darstellen, begründen kein synallagmatisches Verhältnis und somit auch kein Rücktrittsrecht (Kleineidam S. 129); so z. B. die Abnahmepflicht des Käufers (bezüglich dieser bestritten von Cosack I § 130 VI S. 461; Schollmeyer, Einzeld. S. 22 u. Schöller Bd. 46 S. 11; so wie hier aber R.G. Bd. 53 S. 164), eine Verpflichtung des Verkäufers, die gleiche Ware an Konkurrenten des Käufers nicht zu liefern, oder in einem bestimmten Blatte zu annoncieren, Anspruch auf ein Zeugnis beim Dienstvertrag u. a. m. Verzug und Unmöglichkeit solcher Leistungen gibt nur Schadensersatz nach §§ 280 ff., keinen Rücktritt (Staub Anm. 143 und 144 des Exkurs zu § 374 S. 1309). Es kann aber, wie schon oben (§ 11, IV a) angedeutet worden, im Willen der Parteien liegen, daß solche scheinbare Nebenbedingungen die Hauptbedingung für den Abschluß des Vertrages bilden und die Leistung des Gegners auch von der Erfüllung dieser Nebenverpflichtung abhängig gemacht ist. Dies ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Dann liegt natürlich synallagmatische Beziehung vor. Kisch S. 7 VI; Pach S. 151; Schöller Bd. 46 S. 3.

[1]) Das A. D. H.G.B. versagte im Art. 354 das Rücktrittsrecht schon nach der Erfüllung auch ohne Stundung.

[2]) Prot. 2 Bd. 2 S. 70/71.

schluß rechtfertige sich nach den Ausführungen der Protokolle[3]) auch juristisch, da durch die Stundung der innere Zusammenhang zwischen der Lieferung der Ware und der Zahlung des Kaufpreises gelöst werde, somit das Charakteristikum der gegenseitigen Verträge und der Grund für das hier gewährte Rücktrittrecht: die Erfüllung Zug um Zug wegfalle. Es müsse daher in der Stundung ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht erblickt werden.[4])

2. Stundung liegt dann vor, wann dem Käufer eine Zahlungsfrist bewilligt wird, die ihm ermöglicht, erst nach Lieferung des Verkäufers zu leisten.[5]) Bloße nicht sofortige Einforderung des Kaufpreises ist keine Stundung. Über die Zeit der Gewährung der Stundung schreibt das Gesetz nichts vor. Sie kann im Vertrage oder auch später erfolgen. Sollte die Stundung erst nach Eintritt der Rücktrittsvoraussetzungen gewährt werden, so ist darin deutlich ein Verzicht auf den Rücktritt ausgesprochen.[6])

3. Es entstehen bei dem § 454 noch zwei Streitfragen: Hat der Verkäufer das Rücktrittsrecht noch, wenn er selbst nur teilweise erfüllt hat? Wie steht es, wenn der Kaufpreis nur teilweise gestundet ist?

a) Zur ersten Streitfrage hat in letzter Zeit auch das Reichsgericht (R.G. Bd. 50 S. 140) Stellung genommen. Dernburg[7]) behauptet, daß der Verkäufer schon durch teilweise Erfüllung und Stundung des Preises das Rücktrittsrecht verliere, weil sonst „der gesetzgeberische Gedanke, daß ein einfacher Weg zur Beendigung der Angelegenheit durch den Rücktritt eröffnet werden solle“, vereitelt werde. Auch

---

[3]) Prot. l. c. — Eine andere Ansicht (l. c. S. 69 VI, 1 und S. 71 Abs. 2) wollte den Rücktritt noch mehr beschränken und ihn dem Verkäufer nur dann gewähren, wenn er ihn sich bei der Erfüllung vorbehalten habe. Dagegen wurde mit Recht geltend gemacht, daß eine derartige Vorschrift nur den gänzlichen Ausschluß des Rücktritts bedeuten würde, da diese Vorsicht des Vorbehalts in der Praxis nur von „geschäftskundigen Verkäufern, Spekulanten 2c.“ erwartet werden könnte. Diese besonders zu schützen liege kein Grund vor.

[4]) Paech (S. 170) erklärt diesen juristischen Grund für unhaltbar, da die genetische und funktionelle Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung durch die Stundung nicht berührt würde. § 454 rechtfertige sich nur vom praktischen Gesichtspunkte.

[5]) Hinausschieben von Zahlungs- und Lieferungstermin schließt den Rücktritt nicht aus. R.G. Bd. 50 S. 140, Staub Exk. zu § 374 Anm. 102.

[6]) Oertmann Anm. zu § 454; a. A. Planck Anm. 2b zu § 454. — Wenn sich aber z. B. der Verkäufer so ausdrückt: „Ich stunde Ihnen den Preis noch 3 Wochen, dann nehme ich das Geld nicht mehr,“ so liegt wohl hierin keine Stundung, sondern die Fristsetzung aus § 326; das Rücktrittsrecht bleibt also hier bestehen. Ist ferner die Stundung nur gegen Sicherheit erfolgt (z. B. Bürgschaft), so findet § 454 erst nach geleisteter Sicherheit Anwendung. Denn hier kann von Verzicht auf das Rücktrittsrecht, wenn Sicherheit nicht gegeben wird, keine Rede sein. Diese Stundung bezeichnet Staub (Anm. 102 zu Exkurs zu § 374 S. 1301) als bedingte und insofern nicht imstande, den Rücktritt auszuschließen. Stillschweigende, insbesondere handelsübliche Stundung auch möglich (Staub l. c.).

[7]) Dernburg, B.G.B. Bd. 2 Abs. 2 § 177 Nr. 5 Anm. 4.

Staub[8]) sagt ausdrücklich: „Für den Fall, daß der Verkäufer den Vertrag zum Teil erfüllt hat, greift § 454 B.G.B. ebenfalls Platz. Es soll ihm dasjenige Recht versagt sein, welches den Käufer in die Lage bringt, das vom Verkäufer Geleistete zurückgeben zu müssen. Sonst wäre er in seiner Bewegungsfreiheit hinsichtlich der empfangenen Ware gehindert, und die Stundung des Kaufpreises würde ihm wenig Vorteile bringen." Dagegen wendet sich das Reichsgericht in der vorhin erwähnten Entscheidung, indem es geltend macht, daß weder die Vorarbeiten zum § 454 noch der Wortlaut des Gesetzes dazu berechtige, anzunehmen, daß auch bei teilweiser Erfüllung durch den Verkäufer das Rücktrittsrecht desselben ausgeschlossen sei. Für diese Ansicht werden auch Planck und Cosack angeführt.[9]) Ferner vertritt die Ansicht des Reichsgerichts noch Oertmann (Anm. 1 zu § 454).

M. E. ist dieser Streit ein zweckloser. Er basiert auf einer irrigen Anschauung. Teilweise Erfüllung seitens des Verkäufers entzieht ihm das Rücktrittsrecht auf Grund des § 454 nicht, es bleibt ihm auch nicht erhalten, wie die andere Partei meint, sondern für ihn ist das Rücktrittsrecht überhaupt noch gar nicht entstanden. Dies ist der Grund, weshalb bei teilweiser Erfüllung dem Verkäufer der Rücktritt nicht zusteht. Das Resultat ist dann dasselbe, zu welchem auch Dernburg und Staub kommen, die Begründung ist jedoch eine völlig abweichende.

Das Rücktrittsrecht entsteht nur, wenn der Verkäufer erfüllt hat. Eine Vorleistungspflicht des Käufers kann hier nicht in Frage kommen, da begrifflich in der Stundung das Recht des Käufers enthalten ist, nach erfolgter Lieferung der Ware durch den Verkäufer zu leisten.[10]) Solange der Verkäufer seinerseits nur teilweise erfüllen kann, kann er beim Käufer weder die Rücktrittsvoraussetzungen aus §§ 283, 325 Abs. 2 noch aus § 326 setzen, die dann den Verkäufer zum Rücktritt berechtigen würden. Im Rechtsstreite gemäß § 283 B.G.B. hat der Käufer die exceptio non adimpleti contractus; das Urteil kann nur auf Erfüllung Zug um Zug lauten (§ 322 B.G.B.). Es muß, ebenso wie die Zwangsvollstreckung nur auf Grund des Angebots der ganzen „gebührenden

---

[8]) Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 101. Wenn die Reichsgerichtsentscheidung als Belag für die gegenteilige Stellung Staub l. c. Anm. 34 anführt, so muß das wohl auf einem Irrtume beruhen. Diese Anmerkung handelt über die Verkäuferverpflichtung ohne jede Rücksicht auf § 454 B.G.B. — Auch Kipp (Windscheid Bd. 2 S. 615) sagt bezüglich dieses Punktes: „Unter Erfüllung des Verkäufers wird hier auch eine mangelhafte Erfüllung zu verstehen sein. Die Lieferung der Ware mit tatsächlichen oder rechtlichen Mängeln wird ausreichen, um in Verbindung mit der Stundung das Rücktrittsrecht auszuschließen."

[9]) Ich kann weder in der zweiten Auflage des Cosack'schen Lehrbuchs eine dahingehende Äußerung finden (Cosack spricht auf der zitierten Seite unter Ziffer 3 nur von Stundung bei voller Erfüllung und im nächsten Absatze von den Kennzeichen der Stundung) noch auch in der neuesten, der vierten (Bd. 1 § 130 S. 459 Ziffer 3).

[10]) Staub l. c. Anm. 102; R.G. l. c. S. 140.

Leistung" erfolgen kann (§§ 756, 765 C.P.O.), auch bei der Fristsetzung des § 283 seitens des Verkäufers und auch nach Ablauf der Frist die Bereitschaft des Verkäufers zur vollen Erfüllung vorliegen. Sonst ist ihm die wirksame Fristsetzung und somit auch der Rücktritt entzogen.

Bei § 326 ist Voraussetzung des Inverzugkommens des Käufers auch die Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers und zwar hinsichtlich der ganzen ihm obliegenden Leistungsverpflichtung.[11]) Sonst hat der Käufer aus § 320 ein Recht zur Leistungsverweigerung.

In beiden Fällen, die bei § 454 nur in Betracht kommen können, kann vom Rücktritt des Verkäufers nur die Rede sein, wenn er selbst voll erfüllt hat.[12]) [13])

Handelt es sich aber um einen geringfügigen Teil, der dem Vertragsgegner nach § 320 Abs. 2 kein Verweigerungsrecht gibt, so liegen nun dieselben Gründe vor, die den Gesetzgeber zur Aufnahme der Bestimmung des § 454 veranlaßten. Der Rücktritt stellt für den Käufer eine so erhebliche Belastung dar, daß der § 454 Platz greifen muß. Auf diesem Standpunkte scheint auch das Reichsgericht zu stehen.[14])

Das Rücktrittsrecht steht mithin in keinem Falle, weder bei teilweiser noch bei gänzlicher Erfüllung noch auch bei Unterlassung nur unerheblicher Erfüllungsteile, dem Verkäufer zu.

b) Die Beantwortung der zweiten Frage ergibt sich aus folgendem praktischen Beispiele: A verkauft dem B 100 Sack Getreide zum Preise von 1600 Mk. und verabredet bei Lieferung, daß 1000 Mk. bei Erfüllung, 600 Mk. nach einem Vierteljahre zu zahlen sind. Kommt B mit der Zahlung der 1000 Mk. schon in Verzug und zahlt er auch nicht in einer Nachfrist, so hat A ein Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrage. Eine Stundung des Kaufpreises im Sinne des § 454 liegt hier nicht vor.[15]) Zahlt B aber die 1000 Mk. pünktlich und gerät mit den

---

[11]) vgl. Staub Anm. 7 im Exkurs zu § 374 S. 1273.

[12]) Dies gilt auch bei Sukzessivlieferungsgeschäften. Der Verkäufer kann den Rücktritt nur geltend machen, wenn er die betreffende Rate voll erfüllt hat. Eine teilweise Erfüllung im hier in Betracht kommenden Sinne liegt in der Ratenerfüllung nicht. Der Vertrag wird seinem Wortlaute nach voll erfüllt. Die Verpflichtung des Verkäufers lautet bei jedem Fälligkeitstermine einer Rate nur auf die betreffende Ratenerfüllung. Die einzelne Rate stellt sich zwar als Teil der gesamten, in mehreren Raten zu liefernden Kaufsache dar, jedoch ist die auf Grund des Vertrages rechtzeitig gelieferte Rate nicht teilweise Erfüllung im Sinne der hier aufgeworfenen Streitfrage. Letztere läge hier nur dann vor, wenn die einzelne Rate nicht voll, sondern nur teilweise geleistet würde.

[13]) Eine teilweise Erfüllung kann nach §§ 325, 326 unter Umständen nur den Gegner zum Rücktritt berechtigen. Nie aber kann die zurücktretende Partei selbst, abgesehen von dem schon erwähnten Falle der Vorleistungspflicht des Gegners, den Rücktritt geltend machen, wenn sie nur teilweise erfüllt hat.

[14]) R.G. l. c. S. 140: „. . . Wenn man vielleicht auch nicht anzunehmen haben möchte, daß die Unterlassung unerheblicher Erfüllungsteile dem Verkäufer das Rücktrittsrecht erhalte."

[15]) Dernburg, B.G.B. Bd. 2 Abt. 1 S. 36, 5, 4. Absatz; Oertmann Anm. 1 zu § 454 S. 176. Bei bloß teilweiser Stundung liegt „eine Stundung des Kaufpreises eben nicht vor, und von einer extensiven Auslegung der Sonder-

600 Mk. nach einem Vierteljahre in Verzug, dann hat der Verkäufer kein Rücktrittsrecht, sondern nur die anderen Ansprüche; es liegen hier die Gründe zur Anwendung des § 454 vor.[16])

4. Der Rücktritt aus § 325 Abs. 1 ist durch § 454 nicht ausgeschlossen. Er kann aber beim Kaufe nie in Betracht kommen, da der Kaufpreis immer in Geld besteht und hier Unmöglichkeit gemäß § 279 B.G.B. nicht in Frage kommt. Ebensowenig sind durch den Ausschluß des Rücktritts die anderen wahlweise daneben gegebenen Rechte ausgeschlossen.[17])[18])

B. Eine Erweiterung des Rücktrittsrechts des Verkäufers für das Handelsrecht gibt der § 375 H.G.B. Er bestimmt, daß beim Spezifikationskaufe, bei welchem dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse obliegt, der Verkäufer, falls der Käufer mit der Erfüllung dieser Verpflichtung in Verzug kommt, die Bestimmung selbst vornehmen oder vom Vertrage gemäß § 326 zurücktreten kann. Aus den allgemeinen Bestimmungen der §§ 325, 326 B.G.B. geht dies nicht hervor, wie die Denkschrift zum Handelsgesetzbuche annimmt (S. 218), denn die Verpflichtung des Käufers ist keine Gegenleistung im Sinne dieser beiden Paragraphen, sondern nur eine Nebenverpflichtung.[19]) Die Spezifizierungspflicht des Käufers bildet ebensowenig eine Gegenleistung, ein Äquivalent zur Verkäuferleistung, als die in manchen Verträgen Dritten überlassene Bestimmung der Spezifizierung eine Gegenleistung darstellen kann. Deshalb ist das hier gegebene Rücktrittsrecht, dessen Voraussetzungen keiner weiteren Erläuterung bedürfen, eine Erweiterung des allgemeinen Rücktrittsrechts.[20])

II. Mehr modifiziert ist das Rücktrittsrecht des Käufers. Scharf getrennt hat das Gesetzbuch den Rücktritt wegen Mängel im Rechte von dem wegen Sachmängel, die auch hier auseinander gehalten werden müssen. —

A. Rücktritt wegen Rechtsmängel.

1. Auf das Rücktrittsrecht des Käufers wegen Mängel im Rechte werden im § 440 Abs. 1 B.G.B. die allgemeinen Bestimmungen der §§ 320 bis 327 für anwendbar erklärt. Diese scheinbar überflüssige Bestimmung, die sich doch aus der allgemeinen Geltung der §§ 320 ff. für alle gegenseitigen Verträge, mithin auch für den Kauf, von selbst ergibt,

---

bestimmung des § 454 kann sicherlich keine Rede sein". A. A. Planck, der alsdann wenig praktischerweise nur teilweisen Rücktritt zulassen will (Nr. 2b zu § 454 S. 243.)

[16]) Oertmann a. a. O.; a. A. Planck a. a. O.

[17]) Der Fall der Unmöglichkeit des § 325 Abs. 1 könnte bei dem Tausche in Frage kommen. Darüber unter B. (S. 97).

[18]) Das im § 455 gegebene Rücktrittsrecht ist die gesetzliche Fiktion eines vertragsmäßig ausbedungenen Rücktrittsrechtes. Es fällt mithin nicht unter die Regeln über das gesetzliche Rücktrittsrecht und ist hier nicht zu besprechen.

[19]) vgl. oben § 14 IV 3 Anm. 35.

[20]) s. Staub Anm. 12 zu § 375 H.G.B. S. 1313.

ist absichtlich in das Gesetz aufgenommen, denn [21]) „es schien mit Rücksicht auf die Gemeinverständlichkeit und Deutlichkeit des Gesetzbuchs, zumal es sich um häufig vorkommende Verhältnisse handele, erforderlich, den Inhalt der Berechtigungen des Käufers durch eine ausdrückliche Bestimmung klarzustellen". Außerdem aber werden im Abs. 2 bis 4 des genannten Paragraphen auch Einschränkungen dieser allgemeinen Geltung der §§ 320 bis 327 für den Kauf gemacht, die aber nicht das Rücktrittsrecht [22]) betreffen, hier mithin nicht interessieren.

Wenn nun auch für den Käufer im § 440 nicht ein besonderes gesetzliches Rücktrittsrecht gewährt wird, so werden doch durch die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 433 bis 437 die Voraussetzungen dieses Rechts gegenüber den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 325, 326 so verändert, daß man von einer Erweiterung des gesetzlichen Rücktrittsrechts beim Kauf auf Grund des § 440 sprechen muß. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen dem Verkauf von Sachen und dem von Rechten.

a) Rücktritt beim Verkauf von Sachen.

α) Nach den §§ 433 bis 437 ist der Verkäufer beim Sachverkauf verpflichtet, die Sache zu übergeben u n d das Eigentum an ihr, frei von Rechten Dritter — bei Grundstücken mit Ausnahme von öffentlichen Abgaben und anderen nicht eintragungsfähigen öffentlichen Lasten jedoch nach Löschung aller nicht bestehenden Rechte im Grundbuche —, dem Käufer zu verschaffen. Nichterfüllung einer dieser Verpflichtungen berechtigt, abgesehen von den anderen hier in Betracht kommenden Rechten, auch zum Rücktritt nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen. Da der § 440 die §§ 320 ff. schlechthin Anwendung finden läßt, wenn der Verkäufer seinen vorgeschilderten Verpflichtungen nicht nachkommt, so macht es keinen Unterschied, ob der Verkäufer schuldhaft oder ohne sein Verschulden zur Erfüllung dieser Verpflichtungen außerstande ist. Wie die Motive und die Protokolle der zweiten Lesung [23]) ergeben, sollten durch diese Bestimmung dem Käufer die Rechte aus §§ 325, 326, also auch Rücktritt, auch in dem Falle zustehen, wenn der Verkäufer zur Zeit des Vertragsabschlusses zu seiner Leistung infolge eines von ihm n i c h t z u v e r t r e t e n d e n Umstandes unvermögend war. Insofern ist das Rücktrittsrecht des Käufers gegen die allgemeinen Grundsätze erweitert. [24])

---

[21]) Prot. II Bd. 1 S. 661.

[22]) Der erste Entwurf hatte im § 377 nicht nur das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern auch das Rücktrittsrecht von der erfolgten Eviktion der mit dem Rechte eines Dritten belasteten verkauften Sache abhängig gemacht. Die zweite Lesung hat nur die Voraussetzungen zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruches erschwert, indem durch diese Bestimmung nur verhindert werden sollte, „daß der Käufer eine Entschädigung wegen des Rechtsmangels erhalte und g l e i c h z e i t i g im Genusse der Sache verbleibe" (Prot. Bd. 1 S. 663). Da hierbei das Rücktrittsrecht nicht in Frage kommen konnte, wurde es nicht eingeschränkt.

[23]) Mot. Bd. 2 S. 216, 220; Prot. II Bd. 2 S. 666.

[24]) vgl. S c h ö l l e r Bd. 46 S. 4; P l a n c k Bd. 2 Anm. 3 zu § 440 S. 232; T i t z e S. 265 f.

Tritt das Unvermögen des Verkäufers zur Leistung aber erst nach Vertragsschluß ein,[25]) so ist bei unverschuldetem Unvermögen nicht das Rücktrittsrecht aus §§ 325, 326 gegeben, sondern es gilt dann die Bestimmung des § 323. Bei nachträglichem Unvermögen ist das Rücktrittsrecht des Käufers mithin wiederum vom Verschulden des Verkäufers abhängig gemacht. Schollmeyer[26]) will den Verkäufer auch hier für verschuldetes und unverschuldetes Unvermögen schlechthin haften lassen. Dem widerspricht aber, wie Schöller richtig ausführt,[27]) die ausdrückliche Bezugnahme des Gesetzes auf § 323 B.G.B. Die Anwendung dieses Paragraphen könnte doch gar nicht in Frage kommen, wenn der Verkäufer für jedes, verschuldetes wie unverschuldetes, Unvermögen zur Leistung einzustehen hätte. Es würde sich doch dann in jedem Falle nur um die Anwendung der §§ 325, 326 handeln. Außerdem entspricht es auch der Billigkeit nicht, den Verkäufer für jeden nachträglichen Rechtsmangel haften zu lassen, ihm somit die Gefahr der Sache entgegen der Bestimmung des § 446 schon vom Kaufabschluß an zu übertragen. Die Haftung für beim Vertragsabschluß vorhandene Mängel erscheint dagegen eher gerechtfertigt, da hier die Schuld in gewisser Hinsicht doch darin liegt, trotz Kennens oder Kennenmüssens des Unvermögens zur vollständigen Erfüllung dennoch einen Kaufvertrag über diese Sache abzuschließen.[28]) Ferner sprechen m. E. auch die Vorarbeiten für den hier vertretenen Standpunkt. Die Protokolle für die zweite Lesung sagen ausdrücklich, daß „der Einfluß der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Leistung für die Verpflichtung zur Rechtsverschaffung nach den gleichen Vorschriften wie für die Verpflichtung zur Sachübergabe“ sich bestimmen und es demnach darauf ankomme, „ob die Unmöglichkeit auf einem vom Verkäufer zu vertretenden Umstande beruhe oder nicht.“[29])

β) Eine Einschränkung dieses gesetzlichen Rücktrittsrechts unter α gibt wieder der § 439 B.G.B.:

„Der Verkäufer hat einen Mangel im Recht nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel beim Abschlusse des Kaufes kennt.“ Das

---

[25]) Es ist hier z. B., wie die Vorarbeiten auch anführen, an das Beispiel der Enteignung oder strafrechtlichen Einziehung ohne Verschulden des Verkäufers zu denken.

[26]) Schollmeyer, Einzelne Schuldv. S. 10f.

[27]) Schöller a. a. O. Bd. 46 S. 5.

[28]) Ebenso Planck Bd. 2 Anm. 4 zu § 440 S. 232; Oertmann § 440 2 b β S. 163.

[29]) Prot. II Bd. 2 S. 666. — Die Kommission hat ausdrücklich einen weitergehenden Antrag, der den Verkäufer unbedingt auch für nachträgliche Mängel im Recht haften lassen wollte (l. c. S. 665 IV) als unbillig abgelehnt. — Ebenso deutlich sprechen den Standpunkt des Gesetzgebers die Prot. auf S. 656 Abs. 3 aus, wenn auch hier von der Gegenseite gegenteilige Ansichten verfochten werden. — Die Ansicht Titzes (S. 265 f.), der ohne Rücksicht auf Verschulden den Verkäufer auch für nachträgliche Rechtsmängel haften lassen will, wenn es zur Übergabe der Sache kommt, nicht dagegen, wenn Tradition nicht erfolgt, ist gewillkürt. Entgegen den Erläuterungen, die wir in den Vorarbeiten finden, folgert Titze zuviel aus dem Wortlaut des Gesetzes.

Rücktrittsrecht ist mithin dem Käufer entzogen, wenn ihm der Mangel zur Zeit des Kaufabschlusses bekannt ist. Hiervon macht § 439 Abs. 2 eine Ausnahme für Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, Pfandrechte und Sicherungsvormerkungen wegen des Anspruchs auf Bestellung eines der vorgenannten Rechte im Grundbuche. Eine Kenntnis dieser Belastungen schließt das Rücktrittsrecht nicht aus, denn ihre Nichtbeseitigung hat der Verkäufer auch bei Kenntnis des Käufers zu vertreten. Diese Kenntnis des Käufers ist vom Verkäufer zu beweisen, wenn er die Ausübung des Rücktritts vermeiden will. Beweis positiver Kenntnis ist nötig, da das Kennenmüssen hier absichtlich dem Kennen nicht gleichgestellt ist.[30])

γ) Eine weitere jedoch nicht beim Kauf im Bürgerlichen Gesetzbuch ausgesprochene Beschränkung des gesetzlichen Rücktrittsrechts des Käufers liegt darin, daß die Haftung des Verkäufers in einzelnen Fällen beschränkt wird. Soweit das Gesetz den Verkäufer nur für gewisse Mängel im Recht haften läßt oder überhaupt die Haftung für Rechtsmängel ganz ausschließt, kann der Käufer auch kein Rücktrittsrecht geltend machen, da dann der Verkäufer trotz der bestehenden Rechtsmängel seiner Verpflichtung gesetzlich genügt hat, somit § 440 nicht Platz greifen kann.

Die Fälle, auf welche hier Bezug genommen wird, sind § 2376 B.G.B. beim Erbschaftsverkauf, § 806 C.P.O. beim Pfändungsverkauf und § 56 S. 3 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897.[31])

b) Außer den bei Rechtsmängeln für den Sachverkauf geltenden Bestimmungen ist noch eine erhebliche Erweiterung der Voraussetzungen für den gesetzlichen Rücktritt beim Verkauf von Rechten zu verzeichnen. § 437 B.G.B. lautet:

„Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechts haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechts.“ Mithin begründet die Veräußerung eines zur Zeit des Verkaufs gar nicht bestehenden Rechtes nicht Nichtigkeit des Vertrages;[32]) der Vertrag ist gültig, der Käufer hat aber ein gesetzliches Rücktrittsrecht aus § 440 und § 325. Gemeint ist nur das Nichtbestehen zur Zeit des Vertragsabschlusses; dieses ist, auch wenn es nicht auf Verschulden zurückzuführen ist, unbedingt Rücktrittsgrund. Ein später eintretendes Nichtbestehen ist es nur dann,

[30]) Mot. Bd. 2 S. 215 f.

[31]) § 2376 B.G.B.: „Die Verpflichtung des (Erbschafts-) Verkäufers zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Recht beschränkt sich auf die Haftung dafür, daß ihm das Erbrecht zusteht, daß es nicht durch das Recht eines Nacherben oder durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist, daß nicht Vermächtnisse, Auflagen, Pflichtteilslasten, Ausgleichspflichten oder Teilungsanordnungen bestehen und daß nicht unbeschränkte Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern oder einzelnen von ihnen eingetreten ist.“ § 806 C.P.O.: „Wird ein Gegenstand auf Grund der Pfändung veräußert, so steht dem Erwerber wegen eines Mangels im Rechte . . . ein Anspruch auf Gewährleistung nicht zu.“ § 56 S. 3 l. c.: „Ein Anspruch auf Gewährleistung findet nicht statt“ (scil. bei Zwangsversteigerung von Grundstücken).

wenn es auf einen vom Verkäufer zu vertretenden Umstand zurückzuführen ist.

2. Allgemein für das Rücktrittsrecht des Käufers wegen Rechtsmängel ist schließlich noch hervorzuheben, daß eine vertragsmäßige Ausschließung oder eine Beschränkung der Haftung des Verkäufers für Mängel im Recht d. h. im Sinne dieser Arbeit ausgedrückt: ein vertragsmäßiger Verzicht auf die Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts seitens des Käufers nichtig ist, wenn die Voraussetzungen zur Geltendmachung des Rücktritts, die Mängel im Recht, arglistig vom Verkäufer verschwiegen worden sind. (§ 443 B.G.B.)

B. Rücktritt wegen Sachmängel.

Ungleich schwieriger hat das Gesetzbuch die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge bei Sachmängeln gestaltet.

a) Das Rücktrittsrecht aus § 325 findet wegen Sachmängeln beim Kauf nur Anwendung,[33]) wenn die Lieferung der mangelhaften Sache nur eine Teilerfüllung darstellen und dann den Rücktritt aus § 325 Abs. 1 S. 2 oder § 326 Abs. 1 S. 3 rechtfertigen würde, und wenn weiterhin dieser Mangel nach dem Kaufabschluß, aber vor dem Gefahrübergang eingetreten ist und der Rücktritt vor Abnahme der Sache erklärt wird. Ferner wird bei Sachmängeln der Rücktritt aus § 325 noch anwendbar, wenn ein derartiger Mangel erst nach Gefahrübergang infolge eines vom Verkäufer zu vertretenden Umstandes entstanden ist und es noch nicht zur vollständigen Erfüllung des Vertrages gekommen ist, so daß der Verkäufer noch als Vertragsgegner gemäß § 433 zu haften hat.[34])

b) Sind jedoch die Mängel zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden, dann greifen nur die Bestimmungen der §§ 459, 462 des B.G.B. Platz.

§ 459: „Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem ge-

---

[32]) Dernburg, B.G.B. Bd. 2 Abt. 2 S. 46 IV; Oertmann Anm. zu § 437 S. 229; Planck Bd. 2 Anm. 1 zu § 437; Titze S. 268, 2. — Die Konsequenz aus dieser Gesetzesbestimmung ist, daß ein Kaufvertrag über eine nicht existierende Sache nach § 306 B.G.B. nichtig, der Verkauf der aus diesem nichtigen Vertrage nicht entstandenen Forderung dagegen gültig ist (Titze l. c.).

[33]) Es ist hier immer nur der Rücktritt wegen durch Sachmängel begründeter teilweiser Unmöglichkeit gemeint. Im übrigen erfahren die allgemeinen Grundsätze über völlige Unmöglichkeit und Verzug mit Rücksicht auf den Käufer keinerlei Veränderungen. Wird die Leistung des Verkäufers völlig unmöglich oder kommt er mit ihr in Verzug, ohne auch in einer Nachfrist zu erfüllen, so ist der Rücktritt aus §§ 325, 326 für den Käufer gegeben.

[34]) Beispiel: Der Verkäufer zündet das verkaufte Haus nach Auflassung, durch welche gemäß § 446 Abs. 2 die Gefahr übergeht, aber vor Übergabe an, so daß ein erheblicher Teil zerstört wird. Ist auch die Übergabe schon erfolgt, so ist der Vertrag voll erfüllt; eine Haftung des Verkäufers aus § 443 ff. und ein auf ihr beruhendes Rücktrittsrecht ist nicht mehr begründet. Schadensersatz ist hier nur wegen unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. B.G.B.) zu erlangen.

wöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht. Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat." § 462 bestimmt, daß der Käufer wegen der vom Verkäufer nach § 459 zu vertretenden Mängel „Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung)" verlangen kann.

Diese speziellen Vorschriften über Sachmängel schließen m. E. die Anwendung der §§ 325, 326 aus, soweit die letzteren Paragraphen Rücktritt gewähren.[35]) Subsidiär gilt bei Sachmängeln der Rücktritt nach den allgemeinen Grundsätzen nur in den Fällen, auf welche sich §§ 459 und 462 nicht beziehen, das sind die unter a genannten Fälle. Im übrigen gibt es neben den Rechten aus § 462 kein gesetzliches Rücktrittsrecht aus den allgemeinen Bestimmungen über gegenseitige Verträge.[36])

---

[35]) Die Schöller'sche Konstruktion, wonach schuldhaft mangelhafte Leistung die Unterlassung des Andersleistens und somit eine Unmöglichkeit der Erfüllung der Unterlassungspflicht darstelle, ist wie schon oben (§ 11 Anm. 57) erwähnt, sehr geschraubt und zu verwerfen. Für Lieferung mangelhafter Ware gelten lediglich die Vorschriften der §§ 459 ff. B.G.B. und es widerspricht den Absichten des Gesetzes, durch gekünstelte Konstruktionen oder aus allgemeinen Gesichtspunkten heraus, wie Staub es in der schon erwähnten Abhandlung für den XXVI. Juristentag versucht, Rücktrittsrechte zu folgern. Der Weg, um bei Sukzessivlieferungs- und Dauerverträgen zu einem Rücktritt vom ganzen Vertrage zu kommen, ist lediglich der von Dernburg (Juristentag 1903 S. 1 ff.) gezeigte. Der Käufer hat die mangelhafte Ware als kein dem Vertrage entsprechendes Angebot zurückzuweisen und bei Gattungssachen nach § 480 B.G.B. Lieferung mangelfreier in einer bestimmten Frist zu verlangen. Kommt der Verkäufer, der durch diese Zurückweisung in Verzug gesetzt wird, dieser Verpflichtung dann nicht nach, so kann der Käufer gemäß § 326 zurücktreten. In wiederholten Fällen bei einem und demselben Vertrage wird sich die Fristsetzung dann erübrigen, weil man dann, wie Kipp (Juristenzeitung 1903 S. 256) ausführt, dem Käufer im Wiederholungsfalle das nach § 326 Abs. 2 B.G.B. geforderte Interesse am sofortigen Rücktritt ohne vorherige Fristsetzung zubilligen kann.

[36]) Zu der Frage, ob Schadensersatz- oder Erfüllungsansprüche neben den Rechten aus §§ 462 ff. aus den §§ 325 f. noch hergeleitet werden können, soll hier nicht Stellung genommen werden. Soweit aber §§ 325 f. ein Rücktrittsrecht gewähren, ist für seine Anwendung neben den Rechten aus § 462 m. E. kein Platz. Die Vorschrift des § 462 ist zu bestimmt und zu ausschließlich gehalten, als daß neben ihr noch ein Rücktrittsrecht gewährt werden könnte. Die Mängelgewähr ist durch diesen Paragraphen erschöpfend geregelt. Bei der großen Sorgfalt, mit der das Gesetz die Wandelung behandelt, müßte es auffallen, wenn es auf dieses Gebiet, für welches die beiden neuen, mit umständlicher Schwierigkeit konstruierten Ansprüche gewährt werden, auch noch die allgemeinen Grundsätze angewendet wissen wollte, ohne daß hierauf eine Gesetzesbestimmung oder auch nur eine Bemerkung in den Vorarbeiten hinweist. Warum sollte grade nur bei §§ 440 und 636 diese Anwendbarkeit im Text auch besonders ausgedrückt worden sein, nicht aber auch bei den Bestimmungen über Sachmängel beim Kauf? Der Grund, daß es sich um häufig vorkommende Verhältnisse handle, der bei § 440 angeführt wird, besteht doch mindestens in demselben, wenn nicht in erhöhtem Maße auch hier. Die Gegensätze der Haftung für Rechts- und der für Sachmängel, die sich auch äußerlich durch die Form im Gesetz ausprägen, scheinen auch darauf hinzuweisen, daß im ersteren

Die zunächst interessierende Frage ist nun die, ob das Gesetzbuch im § 462 ein gesetzliches Rücktrittsrecht gibt. Diese Frage muß in verneinendem Sinne beantwortet werden, da das im § 462 gegebene Recht begrifflich unserem Rücktrittsrechte widerspricht. Das Gesetzbuch gibt im Wandlungs- und Minderungsrechte nicht die Befugnis, den Vertrag durch einseitige Willenserklärung aufzuheben. Dies ergeben deutlich drei Gesetzesstellen.

α) § 465 sagt: „Die Wandelung oder Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt.“ Während der erste Entwurf im § 384 die Wandelung durch einseitige Willenserklärung sich vollziehen ließ, beschloß die zweite Kom-

---

Falle nur die §§ 320 ff. in Anwendung kommen, worauf im § 440 Abs. 1 hingewiesen wird, im zweiten aber nur §§ 462 ff. Es widerspricht aber auch m. E. direkt dem Sinne des Gesetzes, wenn man neben dem zweiseitigen Wandlungsanspruch noch das einseitige Rücktrittsrecht gibt, welches den Verjährungsgrundsätzen der Wandelung nicht unterliegt. Das gesetzliche Rücktrittsrecht wäre dann noch gegeben, wenn die Wandelung durch Verjährung schon verwirkt wäre. Umgekehrt könnten dann auch Fälle eintreten, in denen das Rücktrittsrecht nach Ablauf der Frist aus § 355 erloschen, die Wandelung jedoch noch möglich wäre. Dies kann schwerlich in der Absicht des Gesetzes gelegen haben. Es würde ferner in der Praxis zu großen Schwierigkeiten führen, da man oft aus der Erklärung des Berechtigten nicht wird entnehmen können, ob er wandelt oder zurücktritt. Die Wirkungen sind in beiden Fällen, wenn auch einander ähnlich, so doch keineswegs die gleichen, wie nachher ausgeführt wird. Vor allem wird durch den Rücktritt der Vertrag sofort aufgehoben, während die Wandelung erst nach erlangtem Einverständnisse des Verkäufers den Vertrag aufhebt. Ferner würde das Rücktrittsrecht auch durch Annahme der mangelhaften Sache trotz Kenntnis des Mangels ohne Vorbehalt nicht ausgeschlossen sein. § 464 schließt ausdrücklich nur die Wandlung und Minderung aus. Eine extensive Interpretation dieser Vorschrift auf den Rücktritt darf ohne gesetzlichen Anhalt nicht erfolgen (a. A. Neumann Vorbem. III 2 a, γ zu §§ 459 ff. S. 324). Hätte das Gesetz hier auch das Rücktrittsrecht gewähren wollen, so hätte es wohl sicherlich die Bestimmung dieses § 464 auch auf den Rücktritt ausgedehnt oder hätte sie nach dem Wortlaut der §§ 439, 460 gefaßt oder vielleicht ganz in den § 460 aufgenommen.

Die Ansichten in der Literatur sind geteilt. So wie hier: Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache, bei Gruchot Bd. 43 S. 306/7, Titze S. 277, scheinbar auch Staub, der unter den Rechten des Käufers bei Sachmängeln den Rücktritt nicht anführt (Anm. 37 ff. zu § 377 H.G.B. Bd. 2 S. 1358) a. A. Planck Anm. zu § 459, 1 a a. E.; Oertmann § 463, 1 und 26; Emerich bei Fischer S. 69; Windscheid § 395, 2 d γ S. 655; Schöller Bd. 46 S. 21 f.; Neumann Vorbem. zu §§ 459 ff. S. 324 III 2 a γ. Dernburg schweigt hierüber. Es ist nicht zu verkennen, daß, wie besonders Schöller l. c. ausführt, der Schadensersatzanspruch oft im Interesse des Käufers dringend geboten erscheint, doch es soll hier dahingestellt bleiben, ob die wahlweise neben dem Rücktritt in § 325 gegebenen Rechte hier Geltung behalten, ob insbesondere der Schadensersatzanspruch aus diesem Paragraphen oder ob ein allgemeiner Schadensersatzanspruch im Sinne der Anm. 41 bei Staub l. c. in Verbindung mit Anm. 91 ff. gewährt werden soll. Das Rücktrittsrecht ist jedenfalls m. E. hier ausgeschlossen ebenso, wie nach Schöller (l. c. S. 19 f.) der § 462 die Anwendung der allgemeinen Bestimmung des § 323 ausschließt. Vielleicht steht auch Kisch noch auf dem hier vertretenen Standpunkte, wenn er (S. 194 Abs. 3) den Schadensersatzanspruch aus § 325 unbeschränkt gibt, das Rücktrittsrecht jedoch den Wandlungsgrundsätzen unterworfen wissen will.

mission, das Verlangen der Wandelung als Anspruch zu gestalten und bis zur Erklärung des Einverständnisses seitens des Verkäufers dem Käufer jede Änderung zu gestatten.[37])

β) § 466 bestimmt, daß der Verkäufer, dem gegenüber der Käufer einen Mangel der Sache behauptet, diesem eine angemessene Frist „unter dem Erbieten zur Wandelung" zur Erklärung darüber, ob er Wandelung verlange, setzen könne. Dieses Erbieten kann nur die vorherige Zustimmung des Verkäufers zur Wandelung bedeuten, so daß diese jetzt mit der Erklärung des Käufers zustande kommt.

γ) Der letzte Paragraph ist § 477, welcher das Wandelungs- und Minderungsrecht der Verjährung unterwirft. Verjähren kann aber nach § 194 B.G.B. nur ein Anspruch.

δ) In der Literatur ist bezüglich der Gestaltung des Wandelungsanspruches und dessen prozessualer Durchführung ein lebhafter Streit entstanden. Die Vertreter der einen Richtung erklären den Anspruch auf bloße Zustimmung des Verkäufers zum abzuschließenden Wandelungsvertrage gerichtet,[38]) während ein anderer Teil der Schriftsteller die Wandelung als unmittelbaren Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgewähr des Kaufgegenstandes hinstellt.[39]) Hier kann im Rahmen dieser Arbeit auf diese Streitfrage nicht näher eingegangen werden. Es genügt, darauf hinzuweisen, daß die Literatur jedenfalls allgemein die Wandelung als Anspruch anerkennt[40]) und nur hinsichtlich der Natur dieses Anspruches sich im Zwiespalt befindet. Jede der beiden Theorien muß aber zu dem Resultate kommen, daß die Wandelung nicht als gesetzliches Rücktrittsrecht in Frage kommen kann.[41]) Sie ist auch nicht eine

[37]) § 384 E. I erklärt die §§ 208, 209 Abs. 1 für entsprechend anwendbar. § 208 Abs. 1 lautet: „Die Wahl ist vollzogen, wenn sie von dem wahlberechtigten Teile erklärt worden ist." Prot. II Bd. I S. 676 ff. und 708 bis 711. Auf S. 710 l. c. heißt es: „Der Entwurf (scil. II) konstruiere das Recht auf Wandlung nicht als das Recht, durch einseitige Erklärung den Vertrag zur Aufhebung zu bringen, sondern als Anspruch, kraft dessen der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufs, die Annahme des auf diesen gerichteten Vertragsantrags verlangen könne."

[38]) Dernburg, B.G.B. Bd. 2 Abs. 2 S. 59; Planck Bd. 2 Anm. 3 zu § 462 S. 248; Endemann Bd. 1 § 161 Anm. 36 S. 994; Endemann, Das bürgerl. Recht S. 332 f.; Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede, bei Gruchot Bd. 44 S. 72 ff.; Cosack Bd. 1 §. 127; Oertmann Anm. zu § 462; Windscheid-Kipp S. 658 f.; Titze S. 280 ff.; Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag, in Fischers Abhandlungen IV 2 S. 66 f. Weitere Literatur s. bei Haymann, Rechtliche Natur und prozessuale Behandlung des Wandelungsanspruches (Gruchot Bd. 46 S. 510 Anm. 3).

[39]) Als Hauptvertreter müssen hier gelten: Eccius a. a. O. S. 324 ff.; Staub Anm. 44 ff. zu § 377 Bd. 2 S. 1358 ff; Haymann l. c. S. 509 ff. Weitere Literatur bei letzterem S. 510 Anm. 4.

[40]) vgl. außer der vorstehend angeführten Literatur Kisch bei Fischer S. 194 f.; Riezler, Der Werkvertrag nach dem B.G.B. in Fischers Abhdlg. VII 4 S. 117; Schöller Bd. 46 S. 14; Haymann l. c. S. 535 und Huch („Vollzug der Wandelung nach § 465". Diss. Breslau.) S. 49.

[41]) Dies wird von Vertretern beider Richtungen zugegeben. So z. B. Staub Anm. 49 zu § 377 S. 1360 f. „Ein Rücktrittsrecht im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs liegt allerdings in dem Verlangen auf Wandelung nicht, sonst könnte

Erweiterung des gesetzlichen Rücktrittsrechts, da sie dessen Begriff widerspricht. Die Aufhebung des Vertrages erfolgt hier entweder durch mutuus consensus der Parteien, wobei freilich die eine Partei im Prozeßwege zur Zustimmung gezwungen werden kann, oder durch Richterspruch.[42])

Daher spricht auch das Gesetz mit Absicht nicht von einem Rücktrittsrecht, sondern nur von einer „Rückgängigmachung des Kaufes". Es stellt somit die Wandelung als eigenes Aufhebungsrecht eines gegenseitigen Vertrages neben das Rücktrittsrecht.[43]) Ebenso wie Widerruf, Kündigung, Anfechtung ist auch die Wandelung vom Rücktritt zu unterscheiden. In ihren Wirkungen hat die Wandelung zwar bis auf einige immerhin wichtige Ausnahmen[44]) große Ähnlichkeit mit dem Rücktritt, die in vielen Punkten sogar bis zur völligen Übereinstimmung geht, doch reicht dies keineswegs hin, um die beiden Rechte zu identifizieren. Die Anwendung der Rücktrittsbestimmungen erklärt sich eben auch hier, wie schon mehrfach, aus der „Gleichheit des Grundes". Die Wandelung scheidet daher von der Betrachtung aus.

B. Die hier über den Kauf entwickelten Bestimmungen gelten auch für das gesetzliche Rücktrittsrecht beim Tausch gemäß § 515, soweit nicht dessen Besonderheiten Abweichendes bedingen. So z. B. wird die Bestimmung des § 454 beim Kauf über das unter gewissen Umständen dem Verkäufer entzogene Rücktrittsrecht beim Tausch gar nicht Platz greifen, da hier von einem gestundeten Kaufpreis nicht die Rede sein kann.

Auch für Vorkauf und Wiederkauf gilt das gleiche, obwohl diese Verträge nicht durch gegenseitige Leistungsversprechen, sondern durch einseitige Erklärung des Berechtigten zustandekommen (§§ 497, 505 B.G.B.).

§ 16.

c) Werkvertrag und Werklieferungsvertrag.

A I. Bezüglich des gesetzlichen Rücktrittsrechts des Unternehmers bestimmt das Gesetzbuch keine Abweichung von den allgemeinen Vorschriften der §§ 325, 326. Erfüllt der Besteller seine in den §§ 640, 641

---

der Käufer ein anderes Recht nicht mehr wählen, nachdem er das Recht auf Wandelung gewählt hat. Der Kaufvertrag wird also durch das Verlangen der Wandelung selbst noch nicht aufgehoben, wohl aber durch den rechtskräftigen Richterspruch." Es ist also unrichtig, die Wandelung als gesetzliches Rücktrittsrecht zu bezeichnen, wie es vielfach in der Literatur geschieht, z. B. Hoffmann l. c. S. 43. Das Gesetzbuch kennt nur einen genau bestimmten Rücktrittsbegriff. Alles, was sich hiermit nicht in Einklang bringen läßt, darf auch im Gegensatz zum Gesetz nicht Rücktrittsrecht genannt werden.

[42]) s. Staub l. c. Anm. 50 S. 1361. Bezüglich des mutuus consensus s. oben § 7 I.

[43]) So wie hier: Schellen a. a. O. S. 56 f.; vgl. auch Huch a. a. O. § 51 S. 42 ff.

[44]) Durch Verarbeitung und Umbildung ist die Wandelung nicht ausgeschlossen. Es besteht Anspruch auf Ersatz der Vertragskosten.

bestimmten Pflichten nicht, so stehen dem Unternehmer neben den anderen Rechten das gesetzliche Rücktrittsrecht wegen Verzugs der Gegenseite oder wegen Unmöglichwerdens der Gegenleistung zu. Es ist hier nur noch kurz etwas über den Begriff der Gegenleistung des Bestellers zu sagen.

Im Gegensatz zu dem oben im § 14 IV 3 Anm. 35 dieser Arbeit angedeuteten Grundsatz beim Kauf muß hier beim Werkvertrage die Abnahmepflicht des Bestellers als Gegenleistung in synallagmatischem Sinne angesehen werden, deren Nichterfüllung unter den Voraussetzungen der §§ 325, 326 einen Grund zum Rücktritt bilden kann. Schon der Wortlaut des § 640 spricht hierfür. In ihm ist die Abnahmepflicht als die erste Pflicht des Bestellers bezeichnet. Die Pflicht zur Entrichtung der Vergütung wird erst im folgenden Paragraphen erwähnt und als die Zeit für ihre Entstehung die der Abnahme hingestellt. Es wird mithin großer Wert auf die Abnahmepflicht gelegt und ihr synallagmatische Funktion zuerkannt. Auch die Protokolle für die zweite Lesung [1]) erklären ausdrücklich, daß die Abnahmepflicht des Bestellers nicht der des Käufers entspreche. Man müsse diesem Unterschied auch in der Fassung der beiden Gesetzesbestimmungen des § 459 Abs. 2 des 1. Entw. (jetzt § 433 Abs. 2 B.G.B.) und des § 572 (jetzt 640) Rechnung tragen. Dagegen ist die im einzelnen Falle erforderliche Mitwirkung des Bestellers bloße Nebenverpflichtung. Ihre Nichterfüllung oder Erfüllungsverzögerung berechtigt daher nicht zum Rücktritt aus §§ 325, 326, sondern nur zur Kündigung gemäß der besonderen Bestimmung des § 643. [2])

II. Abweichungen von den allgemeinen Bestimmungen über das gesetzliche Rücktrittsrecht gibt es nur auf seiten des Bestellers. Diese gestalten sich verschieden bei Sachmängeln und bei Unmöglichkeit oder Verzug der gesamten Leistung oder eines Teils derselben.

1. Wie bei der Mängelgewähr beim Kauf wird man auch hier die Geltung der allgemeinen Bestimmungen der §§ 325, 326 bei vorhandenen Mängeln des hergestellten Werkes ablehnen müssen. [3]) Dieses geht schon aus den Motiven hervor. Sie wollen (Bd. 2 S. 478 bis 485) beim Werkvertrag weder die Bestimmungen über Gewährleistung wegen Sachmängel beim Kauf Anwendung finden lassen, weil sie hier zu weitgehend wären und daher schikanöse Ausübung der gegebenen Rechte zu besorgen wäre (S. 479 l. c.), noch die über den Rücktritt im allgemeinen, da hierdurch der Unternehmer zu sehr beschränkt wäre. Sie schlagen daher einen

---

[1]) Prot. Bd. 2 S. 315 bis 317. Das Reichsgericht scheint denselben Standpunkt zu vertreten, wie sich aus den Andeutungen im Bd. 53 S. 223, letzter Absatz, seiner Entscheidungen ergibt.

[2]) vgl. R.G. Bd. 53 S. 224: „Das Gesetz hat in Rücksicht auf den Annahmeverzug des Bestellers bei nicht vollendetem Werke in den §§ 642, 643 und 645 besondere Bestimmungen getroffen und damit gezeigt, daß für diesen Fall die Anwendung des § 326 ausgeschlossen sein soll.

[3]) Das im § 15 unter II 2b und in Anm. 35 ebenda Gesagte gilt auch hier. — Vielleicht kann man auch schon aus der Anordnung der Bestimmungen des Gesetzbuchs Folgerungen ziehen: In den §§ 640, 641 werden lediglich die Pflichten des Bestellers festgelegt. Eine Bestimmung bezüglich der Folgen deren Verletzung findet sich nicht, es greifen somit die allgemeinen Bestimmungen Platz.

Mittelweg vor, den sie auch im § 569 Entwurf I verwirklichen (= 634 bis 636 B.G.B.). Da für die hier gegebenen Rechte die zweite Kommission das Wandelungs- und Minderungsrecht eingesetzt hat, scheidet gemäß den beim Kauf entwickelten Grundsätzen der § 634 von der Betrachtung in dieser Arbeit aus.

In der Literatur herrscht Streit über diese Frage. Übereinstimmend mit der obigen Ansicht ist nur Titze (§ 16,2c Abs. 2 S. 305) und Schöller[4]) (Bd. 46 S. 255 ff.). Anderer Ansicht dagegen Planck (Vorbem. 4 zu §§ 633—639 S. 372); Oertmann (§ 633 Nr. 2c) und Riezler S. 112.

2. Kommt der Unternehmer dagegen in Verzug oder wird sein Werk ganz oder teilweise unmöglich, dann greift § 636 Platz: „Wird das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt, so finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften des § 634 Abs. 1—3 entsprechende Anwendung; an die Stelle des Anspruchs auf Wandelung tritt das Recht des Bestellers, nach § 327 von dem Vertrage zurückzutreten. Die im Falle des Verzugs des Unternehmers dem Besteller zustehenden Rechte bleiben unberührt.[5])

Ganz anders hier. In den §§ 633 bis 635 bestimmt der Gesetzgeber nicht nur die Pflichten des Unternehmers, sondern trifft auch viele einzelne Bestimmungen über die Folgen deren Nichterfüllung, gibt auch zum Teil dieselben Rechte wie die allgemeinen Paragraphen (z. B. § 635), so daß der Schluß nahe liegt, das Gesetz trifft hier ganz spezielle Regelungen, ohne die allgemeinen Vorschriften Anwendung finden lassen zu wollen. Besonders erscheint der § 635 sonst überflüssig, da er nur das sich schon aus § 325 ergebende Recht gewährt. Er ist nur dann nicht als überflüssige Wiederholung anzusehen, wenn die Aufhebungsbefugnis wegen Sachmängel in § 634 erschöpfend geregelt ist und daher für §§ 325, 326 kein Platz mehr bleibt. Gerade dadurch, daß der Gesetzgeber die Konstruktion des Wandlungsanspruchs wählte, um ein verjährbares Recht schaffen zu können, hat er genügend dokumentiert, daß er daneben nicht noch das unverjährbare Rücktrittsrecht geben wollte. Wenn auch das letztere nur bei einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande gegeben würde, so ist doch nicht zu vergessen, daß in den einzelnen Fällen diese Vertretungspflicht sehr erweitert wird und sich immer nach den Haftungsbestimmungen des Gesetzes, nicht aber nach Verschulden, richtet, daß also dieselben Gründe für zeitliche Begrenzung bestehen wie bei der Wandelung.

[4]) Wenn Schöller gleichwohl beim Kauf neben den Gewährleistungsgrundsätzen noch die allgemeinen Vorschriften der §§ 325, 326 Anwendung finden lassen will, ohne auch hierbei zu der Überzeugung wie beim Werkvertrage zu kommen, daß „das ganze Gewährleistungsrecht . . . mit seinen kurzen Verjährungsfristen illusorisch gemacht wird“ (S. 256 l. c.), so tut er dies wohl nur aus dem Gesichtspunkte, daß dann der Schadensersatzanspruch, den § 463 nur beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften und bei Arglist gewährt, im Gegensatz zu dem viel weitergehenden § 635 beim Werkvertrage, aus den allgemeinen Bestimmungen des § 325 abgeschnitten wäre. Diese von Titze tatsächlich gezogene „unleidliche Konsequenz“ (S. 20 Anm. 23 l. c.) veranlaßt Schöller, beim Kauf zu behaupten, daß die Verweigerung des Rücktritts aus § 325 neben den Rechten aus der Mängelgewähr „dem Grundgedanken des Gesetzes widerspreche“ (S. 20 Nr. 4), obgleich doch hier die Verhältnisse nicht anders liegen als beim Werkvertrag.

[5]) Auch diese Bestimmung unterstützt die oben vertretene Ansicht. Da man bei der Beratung über diesen Paragraphen einsah, daß seine Fassung die Ablehnung der allgemeinen Vorschriften (§§ 325, 326) zur Folge haben würde, gab man hier in dem Falle, in dem sie in Geltung bleiben sollten, eine positive Gesetzesbestimmung. Warum daher nicht bei der Mängelgewähr bei Kauf und Werkvertrag auch, wenn

Die Frage, inwieweit das Rücktrittsrecht aus §§ 325, 326 hier außerdem Anwendung finden kann, erübrigt sich, weil die Voraussetzungen aus § 636 weit umfangreicher sind und daher die der allgemeinen Vorschriften absorbieren.

a) Der Rücktritt aus § 636 steht dem Besteller nicht nur dann zu, wenn der Unternehmer die Unmöglichkeit zu vertreten hat, sondern er hat es stets, wenn das Werk „nicht rechtzeitig" hergestellt wird. Es wird von Verschulden und Vertretbarkeit hier gänzlich abgesehen. Auch zufälliger Untergang, verspätete Lieferung infolge Arbeiterausstands[6]) und andere nicht zu vertretende Umstände berechtigen zum Rücktritt, der in diesen Fällen allerdings nur nach der Vorschrift des § 327 Satz 2, also nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung, nicht nach Rücktrittsgrundsätzen erfolgen kann.[7])

Ferner ist hier für die Rücktrittserklärung infolge bloß teilweiser Leistung nicht Beweis des mangelnden Interesses an der teilweisen Erfüllung nötig, wie bei den allgemeinen Bestimmungen: die teilweise nicht rechtzeitige Herstellung berechtigt ohne jeden weiteren Beweis zum Rücktritt vom ganzen Vertrage. Es gilt nur die überall gemachte Einschränkung, daß der Rücktritt ausgeschlossen ist, wenn der nicht erfüllte Teil nach Treu und Glauben als unerheblich im Verhältnis zur vollständigen Erfüllung gelten muß (§ 634 Abs. 3).

b) Im allgemeinen besteht auch hier die Pflicht zur vorherigen Bestimmung einer angemessenen Nachfrist für Lieferung.[8]) Sie fällt hier aber weg, wenn ein besonderes Interesse an dem sofortigen Rücktritt vom Besteller geltend gemacht wird oder wenn die Erfüllung unmöglich ist oder vom Unternehmer verweigert wird. Diese Umstände hat der Besteller zu beweisen. Dem Beweis kann er durch die vorgedachte Fristsetzung entgehen. Nach deren fruchtlosem Ablauf liegt ihm nur der Beweis der tatsächlich gesetzten Frist ob, der nicht schwierig werden kann. Der Beweis der Erfüllung innerhalb dieser Frist ist dann vom Unternehmer zu führen (636 Abs. 2 B.G.B.). Im übrigen sind die Voraussetzungen für dieses Rücktrittsrecht alle schon im § 11 näher besprochen.

B. Hinsichtlich des Werklieferungsvertrages gelten, soweit das Gesetzbuch auf ihn die Vorschriften über Kauf Anwendung finden läßt, die

---

dort die Anwendung dieser Vorschriften auch in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat? Überall hat man bei der definitiven Fassung des Gesetzes durch Verweisungen oder auf andere Art geradezu ängstlich und manchmal sogar fast auf Kosten der klaren Verständlichkeit jede Wiederholung zu vermeiden gesucht, und gerade diese Bestimmung sollte übersehen worden sein? Schöller sagt, daß diese Bestimmung „zum Überfluß noch ausdrücklich hervorgehoben ist. Gemäß obiger Erwägung liegt aber doch ein Grund für ihre Aufnahme vor.

[6]) Ebert bei Fischer-Henle Anm. 1 zu § 636.

[7]) vgl. oben § 11 C.

[8]) Diese Nachfrist kann natürlich auch schon vor dem Lieferungstermin gesetzt werden, wenn die nicht rechtzeitige Fertigstellung des Werkes vorauszusehen ist. Es kann kein Zweifel darüber entstehen, daß sie dann nicht vor der ursprünglichen Ablieferungsfrist ablaufen darf (Paech S. 175).

bei diesem Vertrage hier entwickelten Bestimmungen über den gesetzlichen Rücktritt; soweit er jedoch unter die Bestimmungen über den Werkvertrag fällt, greifen die unter A geschilderten Grundsätze Platz (§ 651 B.G.B.). Infolgedessen finden in den Fällen, in denen der Unternehmer zur Lieferung einer aus einem von ihm selbst zu beschaffenden Stoffe herzustellenden vertretbaren Sache verpflichtet ist, die Rücktrittsgrundsätze des Kaufes Anwendung. Handelt es sich aber um eine nicht vertretbare Sache, so gelten die Rücktrittsgrundsätze infolge Mängel im Recht beim Kauf, für alle übrigen Fälle die Rücktrittsvorschriften des Werkvertrages.

§ 17.

d) Miete und Pacht.

Für beide Verträge gelten dieselben Grundsätze, da die über die Pacht besonders handelnden Paragraphen des Gesetzbuchs (§§ 581 ff.) Besonderheiten, die hier in Betracht kommen könnten, nicht enthalten. Hinsichtlich der Natur des bei beiden Verträgen gewährten Kündigungsrechtes ist schon im § 7 dieser Arbeit unter III gesprochen. Hier ist nur noch auseinanderzusetzen, inwieweit das allgemeine Rücktrittsrecht für gegenseitige Verträge bei Miete und Pacht Anwendung findet und vielleicht Abänderungen durch Sonderbestimmungen erleidet. Es ist das Rücktrittsrecht beider Parteien, des Mieters und des Vermieters, zu unterscheiden.

I. Zuerst soll die Mängelgewähr des Vermieters kurz behandelt werden, soweit sie als Rücktrittsgrund in Frage kommen kann. In den §§ 537 bis 541 behandelt das Gesetzbuch die Gewährleistungspflicht des Vermieters wegen der zur Zeit der Überlassung des Mietsgegenstandes an den Mieter vorhandenen oder nachträglich entstehenden Mängel der Sache oder im Recht. Ihre Folgen sind, soweit nicht noch die später gegebenen Kündigungsrechte in Frage kommen, in diesen Paragraphen ausschließlich behandelt. Daneben kann m. E. eine Anwendung der allgemeinen Vorschriften wegen der infolge des Mangels eintretenden teilweisen Unmöglichkeit nicht in Betracht kommen.[1]) Es können hier die schon bei Kauf und Werkvertrag aufgeführten Gründe bezüglich der Ausschließlichkeit der Bestimmungen über Mängelgewähr nur wiederholt werden, soweit sie auf diese anders gestalteten Verträge passen. Ein weiterer und hier durchgreifender Grund liegt in der ganz allgemein gehaltenen gesetzlichen Bestimmung des § 542:

„Wird dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wiederentzogen, so kann der Mieter ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietsverhältnis kündigen. Die Kündigung ist erst zulässig, wenn der Vermieter eine ihm von dem Mieter bestimmte angemessene Frist hat verstreichen lassen, ohne Abhilfe zu schaffen. Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht,

---

[1]) Schöller Bd. 46 S. 267.

wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für den Mieter kein Interesse hat.

Wegen einer unerheblichen Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs ist die Kündigung nur zulässig, wenn sie durch ein besonderes Interesse des Mieters gerechtfertigt wird."

Dieses Kündigungsrecht steht dem Mieter somit in allen Fällen zu, welche die Voraussetzung zum Rücktritt aus den §§ 325, 326 bilden können. Der § 542 umfaßt sowohl die vollständige wie teilweise Unmöglichkeit, den Verzug mit der ganzen Leistung wie mit einem Teile derselben als auch die Fälle der Rechts- und Sachmängel und geht noch weit über diese Rücktrittsvoraussetzungen hinaus, da er nicht zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit, nicht zwischen Vertretbarkeit und Zufall unterscheidet und bei bloß teilweiser Erfüllung das Kündigungsrecht nicht vom Nachweis mangelnden Interesses an der Teilerfüllung abhängig macht. Unter diesen Umständen ist m. E. das allgemeine Rücktrittsrecht neben diesem weitgehenden Kündigungsrechte nicht nur von der Praxis nicht erfordert und daher überflüssig, sondern auch durch das Gesetz ausgeschlossen, weil es ihm sogar widerspricht.

Nicht erfordert und überflüssig ist der Rücktritt, weil der Mieter durch den § 542 vollkommen genügend geschützt ist. In jedem Falle, in dem nur irgend der Rücktritt in Frage kommen kann, steht ihm auch das Kündigungsrecht zu. Letzteres ist auch für den Mieter wertvoller wie der Rücktritt, da es für ihn noch daneben Ersatzansprüche bestehen läßt und in der praktischen Wirkung dem Rücktritt vollständig gleichkommt.[2])

Die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen ist aber auch durch das Gesetz, wenn auch nicht explicite, so doch implicite, ausgeschlossen. Dies geht daraus hervor, daß das Gesetz hier nicht wie in andern Fällen,

---

[2]) Es werden Schadensersatzansprüche aus dem Mietsvertrage nicht beseitigt. Ersatz des negativen Interesses, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des § 438, ausbedungene Konventionalstrafen können noch mit der Vertragsklage geltend gemacht werden. Dies ist bei der großen praktischen Bedeutung dieses Vertrages im täglichen Verkehr von höchster Wichtigkeit. Das Gesetzbuch hat absichtlich die Kündigung, nicht den Rücktritt, gewählt. Die Erwägung, daß eine Rückgängigmachung des Mietsvertrages nach längerem Besitz der Mietssache schwer denkbar ist, hat hierzu geführt, dieselbe Erwägung, die sich auch beim Gesetzgeber des Code civil geltend machte, der infogedessen im Art. 1729 bei der Miete nicht von Aufheben (résoudre wie in Art. 1184 l. c.; vgl. § 4, 2 Anm. 10) spricht, sondern nur von Auflösen (résilier).

In der praktischen Wirkung ist der Rücktritt der Kündigung gleich, wenn auch der Weg, auf dem man in beiden Fällen zu dem gleichen Resultate kommt, ein sehr verschiedener ist. Denn der nach § 346 B.G.B. zurückzugewährende Wert für die Überlassung der Benutzung würde gerade soviel betragen wie der vom Vermieter zurückzugewährende Mietzins. Mithin würden sich die beiden Forderungen aufheben; der Rücktritt würde sich also ebenso wie die Kündigung nur in der Rückgabe der Mietsache äußern. Da die Praxis bei Miete wie bei sonstigen Dauerverträgen kein Bedürfnis nach einem Rücktrittsrecht hat, ersetzt das Gesetzbuch hier immer den Rücktritt durch Kündigung. Nicht Aufhebung für die Vergangenheit, sondern nur für die Zukunft wird in allen diesen Fällen gewünscht und auch gewährt (vgl. Schöller Bd. 46 S. 272 Anm. 67).

die schon oben erwähnt sind, des Rücktritts gedenkt, obwohl hier dieselben Gründe wie sonst für die Erwähnung sprechen würden. Auch die Fassung des § 538, der wiederum unter denselben Voraussetzungen wie die allgemeinen Bestimmungen einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gewährt, läßt auf die Absicht der Ausschließung des Rücktritts schließen. Außerdem kommt hier noch die Bestimmung des § 543 Abs. 2 hinzu. Dieser läßt die Rückgewähr des schon im voraus bezahlten Mietzinses bei der Kündigung nach den Rücktrittsgrundsätzen erfolgen, wenn die Kündigung wegen eines vom Vermieter zu vertretenden Umstandes erfolgt. Es beseitigt somit den einzigen Vorteil, den der Rücktritt vor der Kündigung noch haben könnte, und spricht deutlich für die hier vertretene Ansicht, daß der Ausschluß des Rücktritts auch in der Absicht des Gesetzes liegt.

Wenn nun zum Teil in der Literatur die Ansicht vertreten wird, daß dem Mieter in Fällen, in denen er seines Kündigungsrechtes durch gesetzliche Bestimmung verlustig gegangen ist, das Rücktrittrecht aus den allgemeinen Bestimmungen zustehen soll, so ist dies m. E. mit der Absicht des Gesetzes nicht zu vereinbaren. Wenn also Kisch (S. 148 Anm. 39) den Mieter, der wegen Versäumung der Anzeigepflicht aus § 545 Abs. 2 das Kündigungsrecht verloren hat, noch den Rücktritt aus §§ 325 f. geltend machen lassen will, so widerspricht das direkt dem Zwecke des § 545. Denn dieser Paragraph ist gegeben, um die Pflicht des Mieters, bei dem Besitze der gemieteten Sache auch das Interesse des Vermieters wahrzunehmen, gesetzlich festzulegen oder, wie sich die Motive (Bd. 2 S. 400) ausdrücken: „Die . . Anzeigepflicht des Mieters ist ein Ausfluß der demselben im Interesse des Vermieters obliegenden Obhut in Ansehung der gemieteten Sache." Gibt man dem Mieter, obgleich er diese Obhutspflicht verletzt hat und dadurch das Kündigungsrecht aus § 542 für die in § 545 Abs. 2 bestimmte Zeit eingebüßt hat, trotzdessen ein Rücktrittsrecht, so vereitelt man die Bestrafung dessen, den das Gesetz gerade durch diesen Paragraphen wegen seiner Pflichtverletzung mit einem rechtlichen Nachteil bestrafen will. Es ist wohl schwerlich anzunehmen, daß nur bei Geltendmachung des Kündigungsrechtes der Mieter bestraft werden sollte, nicht auch bei der des Rücktritts.

Die herrschende Meinung in der Literatur geht auch dahin, daß das Kündigungsrecht an die Stelle des Rücktritts trete, so Planck, Cosack, Dernburg, Windscheid, Oertmann, Titze, Schöller.[3])

Besonders wichtig für diese Ansicht sind die Ausführungen Schöllers,[4]) daß die zwei Fälle, in denen nach dem Wortlaute des Gesetzes die Anwendung des § 542 fraglich erscheinen könnte und die infolgedessen den

---

[3]) Planck Bd. 2 Anm. 1 zu § 542 S. 300; Cosack Bd. 1 § 135 II 4 c S. 475; Dernburg, B.G.B. Bd. 2 Abt. 2 § 218 IV S. 161; Windscheid S. 681,4; Oertmann Anm. 1 zu § 542 (er nennt es direkt Rücktrittsrecht); Titze § 14,4 a S. 286; Schöller Bd. 46 S. 272 Nr. 4; Kisch, der sonst anderer Ansicht ist, will nur bei der Mängelgewähr an Stelle des Rücktritts die Kündigung treten lassen (l. c. S. 196).

[4]) Schöller l. c. S. 270 ff.

Rücktritt erheischen würden, auch unter das Kündigungsrecht des § 542 zu substituieren sind. Der erste Fall ist der der nicht heilbaren objektiven oder subjektiven, dauernden oder vorübergehenden Unmöglichkeit der Erfüllung. Da § 542 eine Fristbestimmung voraussetzt, scheint er davon auszugehen, daß eine Frist noch erforderlich, d. h. eine Wiederherstellung innerhalb derselben noch möglich sein muß, völlige Unmöglichkeit somit nicht vorliegen darf. Da aber das Kündigungsrecht aus diesem Paragraphen bei teilweiser Unmöglichkeit gegeben ist, kann es bei gänzlicher Unmöglichkeit nicht versagt oder nur unter den erschwerenden Rücktrittsvoraussetzungen des § 325 gegeben sein. Dies Erfordernis der vorherigen Fristbestimmung ist so auszulegen, daß es nicht nur wegfällt, wenn die Wiederherstellung vom Vermieter verweigert wird, sondern ebenso auch, wenn Abhilfe überhaupt ausgeschlossen ist. Hier wäre Fristsetzung widersinnig; sie ist daher auch gar nicht erfordert.

Der zweite Fall ist der, wenn es noch nicht zum Antritte des Mietsvertrages, zur Benutzung oder Ingebrauchnahme der gemieteten Sache, gekommen ist. Der § 542 spricht von „nicht rechtzeitiger Gewährung“ oder „Wiederentziehung“, Begriffe, die eine Inbesitznahme, also den Vertragsantritt, zur Voraussetzung zu haben scheinen, so daß er auf diesen zweiten Fall nicht anwendbar erscheint. Dies trifft aber auch nicht zu. Denn würde in diesem Falle der § 325 anwendbar sein, so wäre ein Verschulden des Vermieters zum Rücktritt nach den allgemeinen Voraussetzungen erforderlich. Ein solches Verschulden oder besser eine Vertretbarkeit der Unmöglichkeit seitens des Vermieters ist aber in allen übrigen Fällen der Kündigung nicht erfordert.

Der Kündigungsparagraph ist demnach so auszulegen, daß dem Mieter auch das Kündigungsrecht schon zustehen soll, wenn nur feststeht, daß die nicht rechtzeitige Gewährung oder die Wiederentziehung eintreten muß. Es kann nicht in der Absicht des Gesetzes liegen, den Mieter bis zur Erfüllung bezw. Nichterfüllung des Vertrages seitens des Vermieters in Ungewißheit zu lassen. Dies wäre bei der überaus großen Bedeutung, die der Mietsvertrag im täglichen Verkehr hat, eine sehr unbillige Gesetzesbestimmung. Beide hier erwähnten Fälle müssen daher als im § 542 mit enthalten angesehen werden.

Zum Schluß ist noch ein ebenfalls von Schöller[5]) behandelter Umstand hier hervorzuheben. Als Dauervertrag, dessen einzelne Zeitabschnitte auch durch bestimmte oder mindestens bestimmbare Vergütungsquoten entlohnt werden, so daß sich für jeden Abschnitt der entsprechende Teil der Gegenleistung berechnen läßt, stellt sich der Mietsvertrag hinsichtlich seines Objektes regelmäßig als teilbar in dem Sinne dar, daß eine teilweise erfolgte Erfüllung immer als Teilerfüllung anzusehen sein wird, für die dem Vertragsgegner auch die entsprechende Teilvergütung zuzusprechen ist. Gleichwohl sind aber hier auch Fälle denkbar, in denen die vom Vermieter zu erfüllende Verpflichtung der Gebrauchsgewährung

---

[5]) Schöller l. c. S. 275 c.

sich als einheitliche, derart unteilbare Leistung darstellt, so daß eine Teilleistung nicht auch Teilerfüllung zu sein und eine entsprechende Vergütung zu erheischen braucht. Schöller erwähnt z. B. den Fall der Vermietung eines Saalplatzes für die Vorlesung eines berühmten Redners. Wenn der Mieter in der Pause ohne Grund vom Vermieter aus dem Saale gewiesen wird, so ist es nicht zur Teilerfüllung des Vertrages gekommen, da der Mieter einen wenn auch vielleicht nicht unerheblichen Teil des Vortrages gehört hat, sondern es liegt vollständige Nichterfüllung vor. Der Rückleistungsanspruch des Mieters geht somit auf den vollen Mietspreis. Ebenso läge der Sachverhalt, wenn ich mir zum Examensstudium ein Buch miete und der Vermieter dasselbe nach verhältnismäßig kurzer Zeit zurückfordert. Hier liegt vollständige Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs vor. Der Vermieter hat daher keinen Anspruch auf Vergütung und muß die etwa schon gezahlte Vergütung nach Rücktrittsgrundsätzen vollständig zurückzahlen. Man braucht zur Rechtfertigung dieses Grundsatzes nicht erst die Bestimmung des § 628 Abs. 1 S. 2 für den Dienstvertrag auf die Miete analog anzuwenden,[6]) sondern es genügen vollständig die Grundsätze über die Unmöglichkeit der Leistung im oben entwickelten (s. § 11) juristischen Sinne. Die Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs der gemieteten Sache unterliegt denselben Grundsätzen.

II. Was hier vom Kündigungsrechte des Mieters gesagt ist, das muß auch von dem des Vermieters gelten. Durch das Kündigungsrecht des § 553 und § 554 werden die allgemeinen Rücktrittsbestimmungen auch ausgeschlossen. Hier gibt es noch einen weiteren wichtigen Grund für diesen Schluß.

Gäbe man im Falle des § 554 neben dem Kündigungsrechte noch den Rücktritt aus § 326, so würde das zu einer dem Gesetze widersprechenden Umgehung der Bestimmung des § 554 führen. Denn nach § 326 wäre der Vermieter berechtigt, falls der Mieter am ersten Termin mit der Zahlung des Mietszinses in Verzug kommt, nach Fristsetzung von seinem Rücktrittsrechte Gebrauch zu machen. Es träten dann praktisch dieselben Folgen wie bei der fristlosen Kündigung ein, ohne daß der hierfür nötige Verzug „für zwei aufeinander folgende Termine" vorläge. Diese letztere Bestimmung ist aber gerade gegeben zur Beschränkung der Rechte des Vermieters. Die Anwendung des § 326 würde dies jedoch illusorisch machen.

Der § 325 kann hier nicht in Frage kommen, weil der Mietszins regelmäßig eine Geldschuld darstellt. Sollte aber der Fall eintreten, daß die Gegenleistung nicht in Geld besteht, so genügen auch in diesem Falle die bei der Miete gewährten Kündigungsrechte, ohne daß die Anwendung der allgemeinen Rücktrittsgrundsätze erforderlich wird, ganz abgesehen davon, daß dann auf die Gegenleistung meistens die Grundsätze anderer Verträge Anwendung finden werden neben den Normen über Miete; so

---

[6]) Schöller dehnt hier den § 628 auf das Mietsrecht analog aus (l. c. S. 275 ff.).

z. B. werden, wenn Dienstleistungen als Mietszins vereinbart sind, Miets- und Dienstvertragsbestimmungen nebeneinander zur Anwendung gelangen.[7])

Es kommen somit für Miete und Pacht die Rücktrittsgrundsätze aus §§ 325, 326 gar nicht in Betracht, da diese beiden Paragraphen hinsichtlich der Vertragsauflösung ausschließlich selbständig geregelt sind. Die Natur dieses Vertrages sowie überhaupt der Gebrauchsüberlassungsverträge erfordert die Ablehnung des Rücktritts und bloße Anwendung der Kündigung.[8])

§ 18.

e) Dienstvertrag.

Hinsichtlich der Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über Rücktrittsrecht aus den §§ 325, 326 auf den letzten hier zu behandelnden gegenseitigen Vertrag des Gesetzbuchs kann ähnliches gelten wie beim Mietvertrage. Der § 626 des Gesetzbuchs macht ein Rücktrittsrecht vollkommen überflüssig durch seine weit über die Voraussetzungen des Rücktritts gehende Bestimmung:

„Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt." Der § 627 Abs. 1 geht bei Diensten höherer Art noch weiter, indem er selbst ein Kündigungsrecht ohne jeden Grund gibt.

Dieses außerordentliche gesetzliche Kündigungsrecht ohne jede vorherige Fristsetzung ist so weitgehender Natur, daß hierdurch die Rücktrittsbestimmungen als aufgehoben gelten müssen, zumal die Rückgewähr des im voraus gezahlten Lohnes gemäß § 628 Abs. 1 Satz 3 bei Rücktrittsvoraussetzungen, d. h. wenn die Kündigung wegen eines von der andern Vertragspartei zu vertretenden Umstandes erfolgt, auch nach Rücktrittsgrundsätzen an den Berechtigten geschehen muß.

Die Ansichten in der Literatur sind geteilt, neigen sich aber wohl der hier vertretenen zu. Planck, Neumann und Oertmann wollen den Rücktritt beibehalten, Cosack erklärt, daß das Kündigungsrecht an die Stelle des Rücktritts trete, ebenso Titze und Schöller. Dernburg nimmt zu der hier behandelten Frage keine Stellung.[1]) Dagegen stimmt wieder Staub der hier vertretenen Meinung zu. Die Motive

---

[7]) vgl. Ebert bei Fischer-Henle 6. Aufl. Anm. 6 zu § 535 (S. 275).

[8]) Die gekünstelte Konstruktion bei Kisch (l. c. S. 144) mit der Mehrheit abgegrenzter zeitlicher Abschnitte, nach deren jeweiligem Abschluß das Vertragsverhältnis wieder neu beginnt, und die sich aus der Natur des Mietsvertrages infolgedessen ergebende Konsequenz, daß der Rücktritt immer nur den laufenden Abschnitt und die künftigen, nicht aber die verflossenen umfasse, ist lediglich eine Umschreibung des Kündigungsrechtes, dessen ausschließliche Anwendbarkeit auf die Gebrauchsüberlassungsverträge durch diese Konstruktion nur bestätigt wird.

[1]) Planck Anm. 5 zu § 626 S. 365 und Anm. 4 zu § 628 S. 367; Neumann S. 395 Anm. 1 zu § 626; Oertmann S. 348, 4; Cosack Bd. 1 § 144 II 7 S. 523 und III 6 S. 527; Titze § 15, 2 S. 296 und Anm. 10; Dernburg

setzen dieses „Rücktrittsrechts“, wie sie es noch bezeichnen, an die Stelle des im § 369 des ersten Entwurfs (= §§ 325, 326 B.G.B.) gegebenen Rücktrittsrechts. Später wurde dafür „Kündigungsrecht“ eingesetzt, in richtiger Würdigung der für das letztere sprechenden Tatsachen.[2])

Die allgemeinen Betrachtungen über das Verhältnis des Rücktritts zur Kündigung gelten hier in demselben Umfange, wie schon bei der Miete im vorigen Paragraphen ausgeführt wurde. Jedoch ist die Sachlage hier deshalb eine wesentlich einfachere, weil das Kündigungsrecht bei gleichen Voraussetzungen wie der Rücktritt in keinem Falle in Widerspruch mit dem letzteren tritt, wie wir dies bei der Miete kennen gelernt haben. Würde daher eine Vertragspartei durchaus auf die Geltendmachung des Rücktritts aus § 325 bestehen, so würde sich das einfach als Verzicht auf die neben der Kündigung event. noch bestehenden Schadensersatzansprüche oder eine ausgemachte Konventionalstrafe darstellen. Umgekehrt wird man wohl einer Vertragspartei, die mit den Worten: „Ich trete vom Vertrage zurück“ den Vertrag aufhebt, nur wegen dieser Äußerung die etwa bestehenden Schadensersatzansprüche nicht verweigern können, sondern trotz des Wortlautes nur die Geltendmachung der Kündigung annehmen, wenn sich nicht aus anderen Umständen ein entgegengesetzter Wille ergibt. Das Endresultat für den Dienstvertrag lautet also dahin, daß bei ihm die Beibehaltung des gesetzlichen Rücktrittsrechtes nicht erforderlich ist.[3]) Man

Bd. 2 Abs. 2 S. 398 V; Schöller Bd. 46 S. 288ff.; Motive Bd. 2 S. 468. Staub Bd. 1 § 231 Anm. 18b S. 693 sagt von dem Rücktritt neben der Kündigung aus § 626: „Indessen wird dieses Rücktrittsrecht in der Praxis wohl kaum zur Anwendung gelangen, weil die Verweigerung der Vergütung schon an sich ein wichtiger Grund zur sofortigen Kündigung ist, so daß es der umständlichen Vorbereitungen des Rücktrittsrechts durch Fristsetzung nicht bedarf.“

[2]) Da für geleistete Dienste nach § 346 beim Rücktritt der Wert zu vergüten ist, beim Dienstvertrage aber, falls die Gegenleistung in Geld besteht, immer dieser Betrag den Wert darstellen wird (vgl. Planck § 346 Anm. 2 S. 128), so stellt sich auch hier praktisch wie bei allen anderen Dauerverträgen der Rücktritt in seinen Wirkungen der Kündigung gleich. Für den schon geleisteten Teil erhält der Dienstverpflichtete die entsprechende Vergütung entweder als Gegenleistung — so bei der Kündigung — oder als Rückgewähr seiner Leistung — so beim Rücktritt. — Für die Zukunft äußert der Vertrag in beiden Fällen keine Wirkung. — Der § 628 geht aber noch weiter, indem er in Abs. 1 Satz 2 dem durch das vertragswidrige Verhalten des Dienstverpflichteten zur Kündigung Berechtigten der Pflicht zur Zahlung der Vergütung des schon geleisteten Teiles enthebt, soweit die Teilleistung infolge der Kündigung kein Interesse hat. Soweit die Voraussetzungen zum Rücktritt aus 325, 326 sich als vertragswidriges Verhalten in diesem Sinne darstellen, könnte event. das Beharren auf dem Rücktrittsrecht statt der Kündigung in einzelnen Fällen dem Berechtigten pekuniären Nachteil bringen, indem er hierbei vielleicht die Teilleistung vergüten muß.

[3]) Titze (S. 306f. Anm. 15) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß die hier angeführte Absorbierung des Rücktritts durch das weitergehende Kündigungsrecht aus § 626 nicht dazu berechtigt, das gleiche für das beim Werkvertrage in § 649 dem Besteller gegebene Kündigungsrecht auch ohne jeden Grund besteht. Im letzteren Falle ist der Rücktritt neben der Kündigung sehr wichtig, weil nach der Bestimmung des § 649 trotz der Kündigung für den Unternehmer der unbeschränkte Anspruch auf die Gegenleistung bestehen bleibt, während beim Rücktritt ein solcher Anspruch wegfällt.

könnte hier das anführen, was Staub an anderer Stelle[4]) und in einem etwas anderen, wenn auch nicht hiermit zusammenhanglosen Falle von den allgemeinen Vorschriften über den Rücktritt sagt, daß das Gesetz sie nicht außer Anwendung setzen will, sondern daß sie daneben fortbestehen, jedoch kaum praktische Bedeutung erlangen, da den fraglichen Bedürfnissen vollauf Genüge geleistet ist.

C. Rücktrittsrechte außerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse.

§ 19.

1. Verlobung.

Die Vertragsnatur des Verlöbnisses ist schon im früheren Recht anerkannt worden, es wurde auch schon immer der Unterschied zwischen den obligationenrechtlichen und familienrechtlichen Wirkungen hervorgehoben.[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt sich auf den früheren Standpunkt, indem es das Verlöbnis als pactum de contrahendo, nämlich als einen auf künftige Schließung der Ehe gerichteten Vorvertrag ansieht.[2])

Als Vertrag trägt er wohl auch den Charakter der Gegenseitigkeit in gewisser Hinsicht an sich. Es ist aber hier nicht erst zu prüfen, ob und inwieweit auf ihn die allgemeinen Rücktrittsgrundsätze Anwendung finden. Denn wenn dem Verlöbnis mit Rücksicht auf die Besonderheiten des familienrechtlichen Verhältnisses und den aus ethischen Gründen verwerflichen Zwang zur Eingehung einer Ehe die Klagbarkeit entzogen ist (§ 1297 Abs. 1), so steht dieser Unverbindlichkeit zur Erfüllung natürlich auch ein jedem Kontrahenten zustehends unbeschränktes, von ihrem bloßen Willen abhängiges „Rücktrittsrecht" zur Seite. Es kann daher von einem unter bestimmten Voraussetzungen gegebenen gesetzlichen Rücktrittsrechte keine Rede sein. Dieses aus der Natur des Vertrages sich ergebende jederzeitige Auflösungsrecht ist, wenn auch das Gesetz von „Rücktritt" spricht, nicht ein Rücktrittsrecht in dem uns hier interessierenden Sinne. Es ist weder eine einseitige Erklärung, jedenfalls nicht eine solche, wie bei der Geltendmachung des gesetzlichen Rücktritts im vorher geschilderten Sinne erforderlich, noch erfolgt eine Rückgewähr nach bestimmten Grundsätzen, da die familienrechtlichen Beziehungen nicht dem Werte nach abschätzbar sind. Der Vertrag wird auch nicht von Anfang an aufgelöst, sondern durch den Rücktritt nur beendet. Außerdem gibt das Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen auch Schadensersatzansprüche (§§ 1298 ff.), die aber hier nicht mit der Vertragsklage geltend gemacht werden, sondern

---

[4]) Staub Anm. 24 zu § 70 H.G.B. S. 280.
[1]) R.G. Bd. 20 S. 334, Bd. 23 S. 177, Bd. 29 S. 98.
[2]) Motive Bd. 4 S. 1.

mehr Ähnlichkeit mit den Schädensklagen aus §§ 823 ff. haben. Aus alledem ergibt sich, daß hier das Gesetzbuch mit der Bezeichnung „Rücktritt" nicht das im Obligationenrecht unter diesem Begriff gemeinte Aufhebungsrecht im Sinne hat, sondern daß es hier mehr in Ermangelung eines geeigneteren Ausdrucks dem allgemeinen Sprachgebrauch dieses Wort entnahm.

§ 20.

2. Erbvertrag.

Der letzte Fall, in dem das Gesetzbuch von Rücktritt spricht, ist in den §§ 2293 ff. enthalten. Sie behandeln den Rücktritt vom Erbvertrage.[1])

Scherer wirft in seinem Kommentar[2]) die Frage auf: „Sind hiermit die Rücktrittsgründe geschlossen?" Er verneint dies und sagt weiter: „Auch die allgemeinen Bestimmungen der §§ 325, 326 greifen Platz z. B. beim Erbverpflegungsvertrage." Wenn dies richtig wäre, dann müßte der Erbvertrag ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. sein. Das Gesetzbuch selbst macht den Unterschied (§§ 2278, 2298) zwischen einseitigem und gegenseitigem Erbvertrage, versteht aber unter ersterem denjenigen, in welchem nur die eine Vertragspartei eine letztwillige Verfügung getroffen hat, während es mit letzterem einen solchen bezeichnet, in welchem beide Teile vertragsmäßige Verfügungen treffen. Die Gesetzgeber neigten selbst der Ansicht zu, daß man den Erbvertrag vielleicht als gegenseitigen im Sinne der §§ 320 ff. auffassen könnte, wie Motive und Protokolle beweisen.[3]) Trotzdem ist die Gegenseitigkeit im

[1]) Die §§ 2293 und 2298 handeln vom vorbehaltenen, also vertragsmäßigen Rücktritt, gehören also nicht in diese Besprechung.

[2]) Scherer, Erbrecht 1900 S. 387 Anm. zu § 2295.

[3]) Die Motive sagen ausdrücklich, daß im Entwurfe im Gegensatz zum geltenden Recht nicht von „Widerruf" des Erbvertrages gesprochen werde, sondern daß der Ausdruck „Rücktritt" den Vorzug verdiene. (Bd. 5 S. 342 f.). „Denn Widerruf ist nur bei denjenigen Erbeinsetzungsverträgen denkbar, welche nicht eine gegenseitige Erbeinsetzung zum Gegenstande haben und in welchen eine Gegenleistung weder zugesagt noch gewährt ist. Der Umstand, daß der Abschnitt des Entwurfs über den Rücktritt vom Vertrage (§§ 426 bis 436 = 346 bis 356 B.G.B.) einen obligatorischen Vertrag voraussetzt, kann kein Hindernis sein, diese Ausdrucksweise zu wählen. . . Aber für Fälle solcher Art (d. h. gegenseitige Erbverträge „mit Rücksicht auf Gegenleistung"), in welchen reine obligatorische Verhältnisse mit erbrechtlichen, nicht obligatorisch wirksamen Verfügungen in einem Rechtsgeschäft verbunden sind, lassen sich gesetzliche Vorschriften nicht wohl aufstellen. Die Beurteilung solcher Geschäfte muß der Doktrin und Praxis überlassen bleiben. Ob nicht in einem solchen Falle, wenngleich der obligatorische Vertrag mit dem erbrechtlichen ein einheitliches Ganzes bildet, die §§ 426 ff. (= 346 B.G.B.) insbesondere in Ansehung der Form der Rücktrittserklärung in der Art der Ausübung des Rechts anwendbar werden, kann dahingestellt bleiben."

Die Protokolle f. d. 2. Lesung sagen (Bd. 5 S. 410): „daß für den Fall des Abschlusses eines Erbvertrages auf Grund eines gegenseitigen Vertrages die ent-

Sinne der §§ 320 ff. abzulehnen und zwar aus folgenden Erwägungen.[4])

1. Der Erbvertrag unterscheidet sich von den übrigen letztwilligen Verfügungen nur durch die Form der Entstehung und die daraus folgende Widerrufserschwerung. Im übrigen gleicht er den letztwilligen Verfügungen, was auch im § 2279 seinen Ausdruck findet. Der Erbe und Vermächtnisnehmer aus einem Erbvertrage steht dem aus einem Testamente völlig gleich.[5]) Den Grund für den Abschluß eines Erbvertrages bilden oft materielle Rücksichten und vorherige Leistungen des Vertragsgegners, doch stellen diese sich nicht als Gegenleistung im Sinne der synallagmatischen Verträge dar. Der Erbvertrag bleibt deshalb stets ein unentgeltlicher. Dadurch, daß er „mit Rücksicht" auf eine andere Leistung abgeschlossen wird, bekommt er nicht die Natur eines gegenseitigen Vertrages. Schon der Gesetzesausdruck „mit Rücksicht" deutet darauf hin, daß die andere Leistung zwar Beweggrund sein kann, jedoch nicht Gegenleistung eines synallagmatischen Vertrages wird. Die Schenkung wird dadurch, daß sie mit Rücksicht auf eine andere Leistung erfolgt, auch nicht zum gegenseitigen Vertrage.

2. Wichtig ist ferner der § 2302, welcher den Vertrag für nichtig erklärt, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten. Hiermit ist sowohl eine letztwillige Verfügung wie der Erbvertrag gemeint.[6]) Ein Vertrag, in welchem die eine Partei die Schließung eines Erbvertrages, die andere eine Gegenleistung verspricht, ist also nichtig. Enthält also ein Erbvertrag die Verfügungen zweier Vertragsparteien, so sind dies zwei selbständige, im Sinne von Synallagma nicht abhängige Verfügungen.[7]) Folglich kann von einer Anwendung der §§ 325, 326 nicht die Rede sein.

Die Literatur steht wohl auch zum größten Teile auf diesem Standpunkte, so besonders Hellwig, Schiffner, Endemann, Böhm, Frommhold, Strohal und Staudinger. Auch Cosack scheint das allgemeine Rücktrittsrecht auszuschließen, denn er läßt das Gesetz den

---

sprechende Anwendung der Bestimmungen über den Rücktritt vom gegenseitigen Vertrage ergebe, daß, falls die Voraussetzungen des Rücktritts vorliegen, zwar der Erbvertrag als solcher bestehen bleibe, der Erblasser jedoch im Wege der Kondiktion die Einwilligung des Erben in die Aufhebung des Erbvertrages fordern könn- Schließlich nennen die Motive (Bd. 5 S. 344) den Vertrag „einen synallagmatischen nicht obligatorischen Charakters.

[4]) vgl. hierzu Hellwig a. a. O. S. 604 ff.

[5]) vgl. z. B. §§ 222, 226 Abs. 2 Nr. 5 der Konkursordnung.

[6]) vgl. Fischer-Henle Anm. 1 zu § 2302. Die Motive konnten noch sagen, daß Ausnahmen, welche sich in Ansehung der Erbeinsetzungs- und Vermächtnisverträge ergeben, zu machen seien, da im ersten Entwurf nicht von „Verfügung von Todeswegen" wie im Gesetzbuch, sondern nur von „letztwilliger Verfügung" die Rede war.

[7]) Vielleicht kann man als Analogon die ursprüngliche römische Anschauung vom gegenseitigen Vertrage (s. oben § 2 unter 1) hier heranziehen.

Rücktritt aus §§ 2294, 2295 nur „ausnahmsweise“ geben, ohne daß er die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen erwähnt.[8])

Es bleiben somit nur die Rücktrittsrechte aus den §§ 2294 und 2295.[9]) Also die Pflichtteilsentziehungsgründe, falls sie bei dem im Erbvertrage Bedachten vorliegen, auch wenn letzterer nicht Pflichtteilsberechtigter ist, sind Gründe zum Rücktritt vom Erbvertrage (§ 2294). Solche Entziehungsgründe liegen nach § 2333 vor,

a) wenn der Bedachte dem Erblasser, dem Ehegatten oder einem Abkömmlinge des Erblassers nach dem Leben trachtet;

b) wenn der Bedachte sich einer vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung des Erblassers oder dessen Ehegatten schuldig macht; im Falle der Mißhandlung des Ehegatten jedoch nur, wenn der Bedachte von diesem Ehegatten abstammt;

c) wenn der Bedachte sich eines Verbrechens oder eines vorsätzlichen schweren Vergehens gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten schuldig macht.

d) wenn der Bedachte die ihm dem Erblasser gegenüber obliegende Unterhaltungspflicht böswillig verletzt.

e) wenn der Bedachte einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel wider den Willen des Erblassers führt.

Ist der Vertragsgegner der Vater oder die Mutter des Erblassers, so fallen die unter b und e angeführten Fälle gemäß § 2334 fort.

Nach § 2295 kann der Erblasser vom Erbvertrage zurücktreten, wenn der Bedachte zu wiederkehrenden Leistungen insbesondere Unterhalt für die Lebenszeit des Erblassers verpflichtet ist und diese Verpflichtung, falls mit Rücksicht auf diese der Erbvertrag geschlossen ist, vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird.

Diese Rücktrittsvoraussetzungen sind so deutlich im Gesetz ausgesprochen und liegen auch weniger auf juristischem wie besonders tatsächlichem Gebiete, so daß sie einer näheren Erläuterung hier nicht bedürfen.

Es ist nur bezüglich der Form der Rücktrittserklärung hier noch eine Abweichung festzustellen. Der Rücktritt kann gemäß § 2296 Abs. 1 nicht durch Vertreter erklärt werden, ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Erblasser bedarf nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Ver-

---

[8]) Hellwig S. 604ff; Schiffner, (der Erbvertrag nach dem B.G.B. in Fischers Abhdlg. IV I § 3 S. 15; Endemann Bd. 3 S. 252 § 58 Anm. 20; Böhm l. c. § 72 VII; Frommhold, Erbrecht Anm. zu § 2295 S. 264; Strohal, Das deutsche Erbrecht (1901) S. 198f.; Staudinger, Kommentar zum B.G.B. (1902) B. 5 A. 2 Abs. 2 zu § 2293 S. 570; Cosack, Bd. 2 S. 648. — Die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen der §§ 325, 326 ist auch praktisch gar nicht erfordert, da dies speziell gewährte Rücktrittsrecht und das Anfechtungsrecht aus § 2281 dem Erblasser genügen.

[9]) Hellwig (S. 626ff.), Schiffner (S. 172f.) und Endemann (Bd. 3 § 60 Nr. 4 S. 260) wollen dieses Recht lieber Widerruf nennen, nicht Rücktritt. Diese Bezeichnung wäre der einheitlichen Konstruktion des Rücktrittsrechtes, welche, wie schon oft erwähnt, das Gesetzbuch sich zur Aufgabe gemacht hat, nur förderlich gewesen.

treters. Bei Lebzeiten der anderen Vertragspartei bedarf die einseitige Rücktrittserklärung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, nach dessen Tode kann der Rücktritt durch Testament geltend gemacht werden. Die Rücktrittsgründe aus § 2294 müssen zur Zeit des Rücktritts bestehen und im Testamente angegeben werden. Das Rücktrittsrecht aus § 2294 wird im Falle des § 2333 Nr. 5 wieder entzogen, wenn die andere Vertragspartei sich „von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel dauernd abgewendet hat“ (§§ 2297 mit 2336 Abs. 4).

§ 21.

D. Rücktrittsrecht außerhalb der gesetzlich bestimmten Fälle.

Es findet sich zuweilen in der Literatur die Behauptung, daß auch noch außerhalb der im Gesetze bestimmten Fälle Rücktrittsrechte, die vielleicht aus allgemeinen Grundsätzen des Gesetzes gefolgert werden können, denkbar sind. Es muß daher hier noch einiges über diesen Punkt gesagt werden.

Das hier behandelte Recht ist für beide Vertragsparteien von so einschneidender Wirkung, ist ferner eine so wichtige Ausnahmebestimmung von dem allgemeinen juristischen Grundsatze der Rechtsbeständigkeit und Wirksamkeit jedes giltig geschlossenen Vertrages und ist schließlich auch vom Gesetzbuche nur bei derartig sorgfältig und genau bestimmten Voraussetzungen gegeben, daß eine analoge Anwendung der Rücktrittsbestimmungen aus diesen bestimmten Fällen auf ähnlich liegende ausgeschlossen ist. Eine derartig analoge Anwendung versagte auch schon unter der Geltung des allgemeinen Handelsgesetzbuchs der höchste Gerichtshof.[1]) Wenn man nun aus allgemeinen Gesichtspunkten heraus den Rücktritt gewähren will, wie z. B. in einer neueren Reichsgerichtsentscheidung[2]) angedeutet ist, so ist dies nicht ein neuer Fall eines gesetzlichen Rücktrittsrechts, der sich aus diesen Bestimmungen folgern ließe, sondern es handelt sich dann stets um vertragsmäßigen Rücktritt; es wird aus den allgemeinen Grundsätzen gefolgert, daß die Parteien einen derartigen Rücktritt vereinbart hätten.

Ebenso fällt der von Dernburg[3]) angeführte Fall, „wenn von der andern Seite widerrechtlich oder doch illoyal bewirkt wird, daß der ausdrücklich erklärte wirtschaftliche Endzweck des Geschäfts vereitelt wird,“ nicht unter den Begriff eines aus den allgemeinen Bestimmungen des § 157 hervorgehenden gesetzlichen Rücktritts. Dieser letztere Fall ist ebenso

[1]) s. Entscheid des R.O.H.G. Bd. 20 S. 323.

[2]) s. R.G. Bd. 50 S. 258: „Es ist zu prüfen, ob nicht nach der Absicht der Parteien der Rücktritt wegen veränderter Umstände der einen oder der anderen Partei zustehen soll, und es wird bei dieser Prüfung auf § 346 H.G.B. . . . . und § 157 B.G.B. . . . Rücksicht zu nehmen sein“ (s. oben § 7 IV c Anm. 22 a. E.).

[3]) Dernburg B.G.B. Bd. 2 Abt. I § 111, III 1.

wie das von Dernburg in der Anm. 6 [4]) angeführte praktische Beispiel unter die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung zu subsumieren und dann zu prüfen, ob auf Grund dieser Leistungsunmöglichkeit ein Rücktrittsrecht begründet ist. Es greifen hier die Grundsätze Platz, welche oben im § 11 unter B I über Unmöglichkeit entwickelt worden sind. Der Rücktritt steht der Partei nicht deshalb zu, weil der Zwang zur Erfüllung gegen Treu und Glauben verstößt, sondern der letztere Umstand macht die Leistung für die Gegenpartei unmöglich, und hieraus kann die eine Partei eventuell bei den sonstigen gegebenen Voraussetzungen ein Rücktrittsrecht aus § 325 B.G.B. herleiten. In einem weiteren Umfange, als hier angedeutet, kann ein Rücktrittsrecht aus diesen allgemeinen Grundsätzen nicht gefolgert werden.

---

[4]) Dernburg l. c. S. 248 Anm. 6: Als das Branntweinsteuergesetz vom 24. Juni 1887 die Verbrauchsabgaben auf den Branntwein vom 1. Oktober 1887 sehr erhöhte und Nachversteuerung des im freien Verkehr befindlichen Branntweins anordnete, wurden hierdurch viele Verkäufer schwer geschädigt auf Grund von Kaufabschlüssen, die vor dem Zustandekommen des Gesetzes abgeschlossen, aber erst nach dem 1. Oktober erfüllbar waren. Die auferlegte Abgabe verzehrte nicht nur den Verdienst, sondern überstieg ihn vielfach noch.